

KNIHOVNA FAKULTY PRÁVNICKÉ KOMENSKÉHO
UNIVERSITY V BRATISLAVĚ
ŘÍDÍ PROF. DR. AUG. RÁTH

I deb 69

SVAZEK 4.

ACTIONES POENALES



Ch. 2637/1

POJEM A STRUKTURA SOUKROMÝCH ŽALOB
TRESTNÍCH VE VÝVOJI PRÁVA ŘÍMSKÉHO
A HLAVNÍ PROBLÉMY ROMANISTICKÉ,
SEM SE VZTAHUJÍCÍ.

NAPSAL

PROF. DR. JAN VÁŽNÝ.



Inv. čis.: 193

Sign: 127

BRATISLAVA 1923

NÁKLADEM PRÁVNICKÉ FAKULTY UNIVERSITY KOMENSKÉHO
V BRATISLAVĚ.

B

PŘEDMLUVA.

Práce tato jest novým zpracováním mé práce habilitační. Vznikla v původní podobě za mých studií u profesora Pietro Bonfante v Římě v druhé polovině roku 1919 a první polovině roku 1920. Přípravuje práci tu po dvou letech k tisku, viděl jsem, že mnoho z toho, co mi původně tanulo na mysli, nebylo dosti plasticky vyjádřeno, resp. vůbec nebylo vyjádřeno a zůstalo jaksi mezi řádky, pročež jsem práci přepracoval, což, doufám, přispělo i k větší ucelenosti jednotlivých kapitol i k odstranění několika nahodilých nepřesností, a vůbec snad věci prospělo. Snažil jsem se o plastičtější ukázání podstaty jednotlivých problémů a tu a tam pokusil jsem se o nové řešení. V celku ovšem zůstala podstata původní práce zachována. Odevzdávaje ji nyní veřejnosti, vzpomínám s vděčností profesora Pietro Bonfante a profesora Otakara Sommera. Srdečné díky vzdávám ministerstvu školství a n. osv. v Praze, které poskytnutím dotace umožnilo vydání mé práce.

V Bratislavě 1922.

PŘEHLED.

Poena, její vývoj a povaha.

1. Protějšky myšlenkové: soukromý trest — náhrada škody z deliktu.
2. Definice soukromého trestu v právu římském.
3. Obsah primitivního trestu.
4. Změny v obsahu trestu v dalším vývoji.
5. Proces přeměny primitivního trestu v peněžité trest. Výkup z tělesného trestu. Obligatorní peněžité trest.
6. Též peněžité „poena“ klasického práva má funkci čistě trestní, odvetnou. Doklady z pramenů.
7. Ojedinelé stopy myšlenky náhrady škody z deliktu. Neměly významu na tradiční nazírání na poenu.
8. Interpretace textu Gaiových Institucí IV 6—9.
9. Problém trestu s funkcí náhradní. Nemá valného významu v právu klasickém.
10. Poena v kompilaci Justinianově.
11. Interpolace.
12. Nové konstrukce v pozdějším právu byzantském.
13. Konečný důsledek vývoje.

II. Actio poenalis ve vývoji práva římského.

1. Pojem a definice. Dvě hlediska: důvod vzniku a předmět.
2. Systematika žalob poenálních o právu klasickém.
3. Systematika, obsažená v Institucích Just.
4. Kritický výklad Institucí Just. IV 6, 16—19. Význam systematiky tu obsažené pro právo klasické.
5. Právo klasické nezná třídění žalob poenálních.
6. Problém trestní žaloby s funkcí náhradní.
7. Pojem actio mixta a její vznik.
8. Jednotlivé actiones poenales a actiones mixtae v kompilaci Justinianově.
9. Pozdní právo byzantské.
10. Důsledky.

III. Zásady, jež spojovalo právo římské s pojmem *actiones poenales*.

1. Vyloučení dědického přechodu. Všeobecné i speciální texty, to potvrzující.

2. Solidarita kumulativní. Texty.
3. Ručení noxální. Texty.
4. Ostatní.

IV. Problém *passivního přechodu dědického*.

1. Všeobecné texty mluvící o ručení dědiců do míry obohacení.
2. Stav dnešní vědy. Nové doktriny italské a německé.
3. Methoda postupu autorova při studiu tohoto problému.
4. *Actio calumniae*. Žádná analogie mezi trestní žalobou postanální a interpolovanou žalobou obohacovací proti dědicovi. Naprostá bezpředmětnost obohacovací žaloby proti dědicovi v samém právu Justinianském.

5. *Actio quod metus causa*. Proti dědicovi poskytoval praetor zvláštní netrestní žalobu z obohacení, na rozdíl od *annální* i *postannální* žaloby proti delinquentu, v každém případě *poenální*. Tuto pak činí kompilatoři *passiv*. děditelnou co do obohacení.

6. *Actio doli*. Praetor slíboval zvláštní *nepoenální* žalobu z obohacení proti dědici, rozšířenou pak i na delinquenta po roce. Kompilatoři zavádějí přímou děditelnost trestní žaloby co do obohacení.

7. Speciální žaloby z dolu. Nepřecházely na dědice pachatele. Interpolace. (D 2, 10, 1, 6—43, 4, 1, 8—42, 5, 9, 8).

8. Žaloba proti publikanovi D 39, 4, 4, pr.

Actio vi bonorum raptorum. Klasické úvahy o obohacovací žalobě vůči dědicovi týkaly se zvláštní netrestní *actio in factum*.

10. *Actio legis Aquiliae*. Interpolace. Obmezené ručení dědicovo z obohacení jednak pojmově nemožné, jednak naprosto nesouvisí s kvalitou této žaloby jako *actio mixta*.

11. Význam všeobecných textů o zodpovědnosti dědiců co do obohacení. Vztahují se na speciální případy praetorských žalob dědických z obohacení, resp. vyjadřují heslo málo praktické, konečně některé jsou interpolovány.

12. Výsledky v právu byzantském.

V. Problém *aktivního přechodu dědického*.

1. Texty.

2. Důvod vyloučení aktivní děditelnosti: *iniuria* — a. *popularis*.

3. Kompilatoři odůvodňují dědic. přechod náhradním účelem. Mere *poenales* nepřecházejí, *mixtae* přecházejí.

VI. Problém kumulace soukromého trestu.

1. Podstata problému. Vývoj doktriny a *synthesa* moderních vědeckých směrů.

2. *Actio quod metus causa*. Problém kumulace byl formulován v klas. právu takto: dobrovolnou restitucí věcí osvobozují se všichni spolupachatelé; neuskuteční-li se však restituce a tudíž dojde k *litiskontestaci* s jedním spolupachatelem, neosvobozují se ostatní.

3. *Actio doli*. Ulpianův text D 4, 3, 17, pr, má-li být ve slovném znění *Digest* uspokojivě vyložen pro právo klasické, musí být doplněn zápořem „non“ před „*liberari*“.

4. D 2, 10, 1, 4. Klasický smysl druhé věty byl: *ne c si unus conventus fuerit, ceteri liberantur*. Dosah interpolace vyplývá ze spojení „*praestiterit poenam*“ „*cum nihil intersit*“.

5. *Actio de effusis et deiectis*. Kumulace trestu. Gaiovo „*cum sane impossibile est scire...*“ jest právě jeho odůvodněním kumulace.

6. Žaloba proti *agrimensoru*. Analogická s *actio doli*. Kumulace trestu.

7. *Actio rationibus distrahendis*. Interpolace D 26, 7, 55, 1. Kumulace trestu. D. 27, 3, 15 vztahuje se pravděpodobně na *actio tutelae*.

8. D 27, 6, 7, 4.

9. Pojetí pozdního práva byzantského.

VII. Problém *noxality*.

1. *Noxalita* vztahovala se v klas. právu (ne již v Justinianském) zásadně i na delikty *filia familiae*, ač ovšem s ní konkurovala přímá zodpovědnost *filia fam.*, pokud se týče otcovská zodpovědnost de *peculio* (z „kontraktní“ *actio indicati* proti synovi).

2. Výjimečné případy vyloučené *noxality* u *filia fam.*

3. Modifikace principu *noxality*.

4. *Actio albi corrupti*. *Noxalita* odstraněna kompilatory.

5. *Actio doli*. D 4, 3, 9, 4a. Různá mínění o *distinkci* tu uvedené. Její význam: je-li *dolus* porušením kontraktního poměru, takže *kausou* žalobní jest kontrakt, *actio de peculio* — je-li *kausou dolus* jako samostatné faktum (delikt), *actio noxalis*.

6. *Actio de effusis et deiectis*. Kompilatoři vyloučili klasický případ *noxality* „*cum servus (filius) habitator est*“, a zavedli nový „*si servus fecisse dicetur*“. V tomto posledním případě neobmezená zodpovědnost majitele moci (resp. samostatná zodpovědnost *filia fam.*) v právu klasickém.

7. *Actio in factum in duplum contra nautas, canpones, stabularios*. Provozovatel ručil neobmezeně za *furtum* nebo *damnum* v jeho živnosti spáchané osobami tam *příbrnými*, ať to byli *svobodní*, či *otroci*. Interpolace D 4, 9, 7, 4 *servorum-tenetur*, D 47, 5, 1, 5 *servi-liberet*. Byl-li provozovatelem *servus* nebo *filius fam.*, ručil majitel moci v prvním případě *noxaliter*, v druhém případě byl zodpověden pouze *exercitor*. Interpolace a rekonstrukce.

VIII. Problém annality.

1. Dedukcí získaný princip obmezeného trvání soukromých žalob trestních.

2. Texty všeobecné povahy neformulují otevřeně a s žádoucí evidencí tohoto principu. Odpor mezi textem Gaiovým a Paulo-Cassiovým.

3. Jednotlivé annální actiones praetoriae. Citáty na ně se vztahující, a naproti tomu citáty týkající se náhradních, časově neobmezených žalob ukazují značnou souvislost principu annality s poenalitou.

4. Zvláštní pozornosti zasluhují postannální aktiones in simplum.

6. Postannální actio quod metus causa, formálně i věcně „eadem“ actio jako annální a. q. m. c. byla trestní povahy.

7. Postannální actio vi bonorum raptorum. Její trestní povahu dokazuje kromě jiných argumentů i noxalita (C 3, 41, 4).

8. Actio calumniae a ostatní případy. Postannální žaloba in simplum jest vesměs trestní povahy.

IX. Actiones arbitrariae-poenales.

1. Staré i nové theorie o pojmu klasických actiones arbitrariae.

2. Typ trestní actio arbitraria: actio q. metus causa. Biondi: Odepření restituce bylo podmínkou udělení žaloby. Námitky Lenelovy a j. ve prospěch panujícího mínění.

3. Další argumenty ve prospěch mínění Biondiho: vysvětlení dvou divergujících serií textových „restituce — záporná podmínka žaloby, restituce — záporná podmínka rozsudku“ srovnáním s Basílikami. Těsná vzájemnost našeho problému s byzantskou myšlenkou rozdělení žalobního předmětu na „res“ a „poena“.

4. Ostatní trestní actiones arbitrariae.

X. K terminologii delictum a actiones poenales.

1. Delicta (maleficia) v techn. sm. jsou furtum, rapina, damnus i. d., in iniuria. (Albertario.)

2. Důkaz textový.

3. Konkluse.

4. Actiones poenales byly v klasickém právu terminologicky omezeny na actiones ze čtyř civ. deliktů.

5. Přímý důkaz pramenný.

6. Interpolace terminologie actiones poenales. Výjimečné případy.

7. Všeobecné texty s terminologií actiones poenales. Jejich výklad pro právo klasické.

8. Různost terminologická.

9. Konkluse.

I.

POENA, JEJÍ VÝVOJ A POVAHA.¹⁾

1. Jednou z nejtypičtějších zvláštností římského práva jest jeho režim soukromých deliktů a z nich vznikajících žalob v právu soukromém. Co přirozenějšího než myšlenka náhrady škody z deliktu, a přece celý ten systém soukromých deliktů a žalob deliktů přímo diametrálně se staví proti této myšlence. Zajímavost jest pak to, že římská pravověda došla k vědomí myšlenky náhrady škody z deliktu — jak jinak nebylo ani možno při pokročilosti římského práva klasického — ale neprodla ji. Římští právníci nedovolili si zasáhnout do přirozeného vývoje soukromých trestů. Proto neprovedli myšlenky náhrady škody z deliktu, která sama sebou se podávala, tím na př., že by jí zrušili a nahradili system soukromých trestů (právo moderní) nebo že by v soukromém trestu spatřovali především funkci náhradní, a jen pokud by v daném případě tato byla přesažena, funkci trestní (právo justiniánské a byzantské), nýbrž podrželi na dále system soukromých trestů a kladli si v daném případě otázku: přísluší poškozenému vedle trestu též jiný netrestní právní prostředek, či jest obsaženo v trestu vše to, co mu následkem deliktu přísluší? Tak ostýchavě a diskretně vystupuje poprvé myšlenka náhrady škody z deliktu.

Nebyla-li tedy uznána všeobecná myšlenka náhrady škody z deliktu, nic přirozenějšího, než všeobecně oyládnutí protichůdné myšlenky, soukromého trestu. Neboť byli si Římané velmi dobře

¹⁾ Literatura: Ferrini, Diritto penale romano Milano Hoepli str. 40 násl. — Mommsen, Röm. Strafrecht str. 12—15, 1013, 1014. — De Francisci, Studii sopra le azioni penali, Milano 1912. — Marchi, Storia e concetto dell' obbligazione romana, Rome Athenaeum 1912. — Betti, La struttura della obbligazione romana. Camerino 1919. — Levy, Privatstrafe und Schadenersatz, Berlin 1915. — Albertario, Azioni penali. Programma. — Albertario, Notta sulle azioni penali. Buletino dell' Ist. d. dir. rom. 1914. — Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II str. 970 násl. — Girard, Droit romain 6 str. 399 násl., 406 násl., 690 násl. — Heyrovský, Dějiny a systém soukr. p. řím. II. str. 37 násl., 223 násl. — Pernice, Labeo II 1 str. 3 a násl. — Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1 I str. 387, 509. — Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes 5 II § 326. — Literatura tato vztahuje se přirozeně i k dalším kapitolám.

vědomí, jak citelně zasahují delikty do majetkové sféry postiženého, že deliktem to neb ono ušlo z majetku jako (srv. na př. D 15, 1, 9, 6, „quod domino abest“, D 47, 2, 57 [56] 3) a bylo velmi dobře postaráno o to, aby takto vzniklá mezera majetková byla vyplněna. Jenže toto vyplnění mezery v majetku postiženého nebylo myšleno a provedeno jako náhrada škody, nýbrž jako soukromý trest. Mnohé případy takového „trestního“ přesunování majetkového chápeme těžko jako trest, ježto charakterisovatí je jako náhradu škody bylo by nám bližší, zvláště neběheme-li náležitě v úvahu processní stránku té které actio. Neboť jako jsou hranice mezi kontraktem a deliktem plynulé, tak i byly zajisté takové hraničné případy, pokud se jednalo o předmět té které actio, a bývalo mnohdy sporno mezi právníky, jde-li o trest či o náhradu škody. Od těchto hraničných případů budeme zatím abstrahovatí, neboť chceme-li náležitě poznati podstatu a funkci římského soukromého trestu, t. zv. poena, musíme studovatí především případy normální.

2. Římané definují soukromý trest, zvaný „poena“, slovy: Poena est noxae vindicta (Ulp. D 50, 17, 131 a pokr. „cum poena generale sit nomen omnium delictorum coercitio“). Myslím, že nelze charakterisovatí lépe čistou trestní funkci této soukromoprávní konsekvence deliktu: jest tu jasně vyslovena funkce odplaty zla zlem (v italské terminologii „funzione afflittativa“). Že definice ta vztahuje se opravdu na soukromý trest (a ne pouze na veřejný trest, veřejné delikty-Betti), bylo by lze prokázati snadno srovnáním textů, vztahujících se na jednotlivé soukromé delikty a z nich plynoucí actiones a shledali bychom, že definice ta až nápadně shoduje se s tím, jak se vyjadřují římsští právníci, mluví-li o jednotlivých actiones poenales, jednotlivých soukromých trestech. Než nutno přezkoumati vnitřní cenu a dosah této definice. Považují tedy za nutné studovatí historický vývoj, východisko římské soukromé poeny, jakož i na druhé straně etapu, ku které dospěl útvar tento na konci vývoje římského práva, neboť teprve vystihneme-li správně východisko tohoto útvaru, oceníme správně funkci jeho v právu klassickém, ale i tu, shledáme-li různost funkce a podstaty jeho v právu justiniánském a pozdějším, musíme zkoumati, nejsou-li snad obsaženy již v útvaru práva klassického zárodky jeho budoucího vývoje, resp. — hned rekneme — zárodky jeho dekadence.

3. Obsahem svým klassická poena jest trestem peněžitým. Ať již znamená poena zaplacení toho, co ušlo následkem deliktu z majetku postiženého, čím byl zmenšen (na př. náhradu poškozené nebo zničené věci) nebo určité multiplum této veličiny, vždy máme před sebou případ trestu peněžitého, majetkového. Bylo tomu tak od počátku vývoje? Již jednoduchá úvaha nás přivede k tomu, že peněžitá poena, pravá to klassická poena není útvarem primitivním, nýbrž poměrně pozdějším. Primitivní doba operuje s trestem tělesným.

Jím bylo jednak usmrcení, nebo ztráta svobody, jednak tělesné tresty různého druhu. Usmrcení bylo pravděpodobně v primitivní době trestem všeobecným a zákon XII tabulí v ustanovení „si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto“, „luci si se telo defendit, endoque plorato“ obmezil právo usmrtiti na určité výjimečné případy. Vedle usmrcení bylo jiným všeobecným trestem porobení pachatele, a o tom máme nejenom přímé doklady, na př. zprávu Gelliou II, 18, 8 a Gaiou 3, 189, ale i nepřímé doklady, analogii z poměrů mezinárodních, válečného zajetí — v primitivních poměrech mezigitlických byl delikt právě příčinou války a zajetí delinquentova; — o ostatních tělesných trestech poučuje nás na př. zákon XII tabulí, který za delikt zničení údu stanoví právo odvety, dále Gelius a Gaius, kteří nás zpravují o tělesném trestu za furtum manifestum (zmrskání a porobení).

4. Průběhem doby nastávají radikální změny. U některých deliktů dříve, u jiných později přestává trest tělesný a nastupuje trest peněžitý. Tímto vývojem prošly veškeré delikty soukromé, jež mají původ v nejstarším právu, jak dosvědčují některá ustanovení VIII tabule zákona XII tab. Zákon tento nám ukazuje, že vývoj tento nedál se současně pro veškeré delikty, nýbrž podle individuality každého deliktu, takže v době, kdy pro furtum manifestum platila ještě poena capitalis a pro membrum ruptum talio, pro oba případy již s možností výkupu, byla předepsána pro furtum nec manifestum obligatorně poena dupli (duplione damnum decedito), pro os fractum pevně určená pokuta 150 assů a 300 assů, pro lehčí případy iniurie pokuta 25 assů. (Gaius III 190, 223).

5. Nuže zdálo by se přirozeno, že tato transformace obsahu, která později stala se všeobecnou, (na př. činností praetorovou), neměla významu na funkci nás zajímajícího útvaru. Jako dříve odvěta nebo jiný trest tělesný, tak nyní trest peněžitý byl konsekvencí deliktu, v obou případech šlo o to, postihnoutí pachatele zlem za zlo jím spáchané, jenže režim peněžitého trestu byl by režimem trestu civilisovanějšího. Vskutku uvidíme, že process odehrál se podobným způsobem. Jenže věc jest komplikována ještě jedním článkem vývoje, k němuž jsme zatím nepřihlédli, který bychom mohli nazvati fází smíšenou, fází přechodu od trestu tělesného k trestu peněžitému, jež právě jest z částí dokumentována zákonem XII t. Jak se všeobecně uznává, (srv. na př. již Ihering Geist I 133 a násl., Girard Droit rom. str. 399 násl.), přešlo se od tělesného trestu k zákonnému trestu peněžitému prostřednictvím dobrovolného peněžitého trestu. Stávalo se, že delinquent se vykupoval z tělesného trestu. Toto dobrovolné, na vůli obou stran závislé vykupování se delinquentova stávalo se pak zjevem tak normálním, že stát jednak začal regulovatí výši výkupného, jednak *obligatorně* je zavedl na místo tělesného trestu, čímž stojíme před útvarem peněžitého trestu (poena), který ještě ve vyvinutém životě práva klassického jest živoucím organismem.

Jest tedy původ tohoto útvaru ve výkupu z tělesného trestu, a jest tedy vrženo na klassickou poenu nové světlo se stanoviska její výkupné povahy. Výkup arci není trestem, neboť účelem jeho bylo právě, aby vinník ušel trestu, ne aby byl potrestán. Klassická poena by pak arci nebyla „vindicta“, neboť by její funkcí nebylo potrestání, nýbrž naopak, paralysování trestu výkupem delinquentovým. Skutečně pak v nejnovější době formuloval italský romanista Betti Emilio podobným způsobem povahu klassické poeny („zadostiučinění delinquentovo za to, že byl ušetřen pomsty poškozeného“) vylučuje její „funzione afflittativa“ a spojuje s ní „funzione di riparazione“ pro újmu immateriální, konečně vztahuje citovanou definici Ulpianovu na poenu veřejnou.

6. Řešení toto, přes značnou suggestivnost této formulace, nepovažují za správné. Máme-li zjištěn *původ* klassického peněžitého trestu (ve výkupu z tělesného trestu), není tím ještě vyšetřena funkce tohoto klassického útvaru. Ze určitý institut, (zde na př. peněžité pokuta) ve vývoji mění svou funkcí (nejdřív byla výkupem, pak trestem), lze viděti na četných institutech práva římského. Představují si vývoj, o který se jedná, takto: Jest pravda, že původní funkcí poeny byl výkup ze stavu podrobení pomstě, způsobeného deliktem. Poena, plynoucí ze smíru obou stran, nemohla mít, jsouc dobrovolná, funkce trestní. Nebyla přece primérním následkem deliktu, jím byl tehdy trest tělesný. Když však stát zrušil v jednotlivých případech tělesný trest a nahradil jej zákonnou pokutou, odpovídáje tím na obyčej, v tom směru se ustálivší, dal tím nezbytně oné pokutě trestní povahu, „funzione afflittativa“ zrušeného trestu tělesného, které dříve neměla, dokud byla výkupem z trestu tělesného. Idea výkupu neodpadla proto, že zákon stanovil obligatorně pokutu, nýbrž proto, že zrušil tělesný trest, takže nebylo již z čeho se vykupovati. Zákonná pokuta byla však zlem za zlo, právě tak, jako dříve tělesný trest — oba primérní konsekvence deliktu. Správně tudíž praví Perozzi ve své knize „Dalle obbligazione da delitto alle obbligazione da contratto“: „muterà il genere della vendetta, che sarà corporale prima, pecunaria poi, ma siamo sempre innanzi alla esposizione alla vendetta... e al principio, che chi ha fatto un male, soffra un male...“ Máme však určitější důkazy pro thesi právě uvedenou. Proces, jímž se uskutečnil přechod z primitivního trestu k peněžité pokutě zákonné, jest vyličen plasticky v institucích Gaiových:

III 189 „Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex additione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant: in servum aequae verberatum animadvertebatur: sed postea improbata est asperitas poenae, et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio Praetoris edicto constituta est“.

Tudíž process, jímž se uskutečnila přeměna obsahu poeny, byl velmi jednoduchý, zákon zmírnil trest, nic jiného. Zákonná pokuta nebyla tudíž leč *zmírněným trestem*.

Gaius III 223:

„Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat, propter os vero fractum aut conlissum trecentorum assium poena erat, at si servo, CL; propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta.“

Jak odvěta, tak jednotlivé zákonné pokuty jsou stejně označeny slovem „poena“, nemůže býti nejmenší pochyby, že se jedná ve všech případech o jediný pojem, „poena afflittativa“ — důkaz, že „talio, vindicta“, je docela stejný pojem, jako zákonná pokuta, jako klassická poena.

Zajímavé jest pokračování textu Gaiova:

„et videbantur illis temporibus in magna paupertata satis idoneae pecuniariae poenae“.

Gaius zde zkoumá poenu v daném případě se stanoviska, je-li zlem přiměřeným, zlem, jehož váhu vinník náležitě cítí. Mimo to praví, „pecuniariae poenae“, tudíž poena pecuniaria, právě tak jako „poena corporalis, poena capitalis“, atd. jsou pojmy příbuzné a podřízené jednotnému pojmu vyššímu „poena“. Totéž jasně vyplývá z Gai IV III. V případě damnum iniuria datum praví Gaius III 211: itaque *impunitus* est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit. Nemůže býti lépe vyjádřena trestní funkce předmětu žaloby ex lege Aquilia, než slovem „impunitus“, resp. kontrastem tohoto slova. A jedná se přece o delikt, u kterého náhrada škody se podávala sama sebou.

Zcela ve shodě s texty Gaiovými vyjadřují se i jiní právníci. Tak Paulus D 2, 3, 2, „dolus debet iudicentis puniri“ — Ulpianus D 2, 3, 1, 2, „ipse punitur“ (sc. procurator) — D 2, 7, 1, pr: ut metu poenae compesceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt, — D 47, 8, 4, 7, „Idcirco illud quidem edictum propter atrocitatem facti quadrupli poenam comminatur“ — D 47, 9, 1, 1, „Huius edicti utilitas evidens et iustissima severitas est“ — D 43, 4, 1, 1 „prohibentes venire in possessionem coerceret“, — D 27, 6, 9, „factum puniunt“, — D 39, 4, 12 pr „praetor ad compescendam eorum (publicanorum) audaciam hoc edictum proposuit“, — Cod 9, 35, 4 „vindictam potes eo nomine (iniuria atrox) exsequi“. — Paulus D 11, 1, 20, pr „nec debet impunitum esse delictum (sc. occidisse vel vulnerasse servum) eius, qui fecit“, — Paulus Sent. IV, 4, 3—8 „nostra interest vindicare“ (iniuriam), kde užívá se slova vindicare promiscue i o soukromém trestu. — Ulpian D 47, 4, 1, 1 „e re itaque esse praetor putavit calliditatem et protervitatem horum, qui hereditates depopulantur dupli actione coercere“.

Z uvedených citátů vyplývá, že byli klassičtí právníci zcela shodného názorání na povahu soukromého trestu peněžitého, že

si byli vědomi, že proces přeměny trestu tělesného v peněžítý trest nezpůsobil změny povahy pojmu „poena“.

Stejně názory nacházíme i u autorů neprávnických. Pro zajímavost uvádím citát z Gelliových *Noctes Atticae* XX, 1, 10, rozhovor mezi filosofem Favorinem a právníkem S. Caecilium. Favorinus, vytýkáje krutost kapitálního trestu pro *furtum manifestum*, praví toto: „*Sed non levis aestimator neque aspernabilis est populus Romanus, cui delicta quidem istaec vindicanda, poenae tamen huiuscemodi nimis durae esse visae sunt*“. Zůstala tudíž i poena quadruplí trestem, „*vindicta*“, jenže zmírněným, zcivilisovaným. Stejná trestní funkce pokuty 25 assů za iníurií jest u Gellia XX, I, 12. Favorinem vyjádřena takto: ... *de iniuria poenienda scriptum est: Si iniuriarum alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt. Quis enim erit tam inops, quem ab iniuriae faciendae libidine viginti quinque asses deterreant?*“ Podobně právník Sex. Caecilius reaguje na Favorinovu výtku o nemístné mírnosti trestu z iníurie dle zákona XII tabulí, praví: (Gellius XX, I, 31) „*Non omnino omnes, mi Favorine, iniurias aere isto paucio diluerunt, tametsi haec ipsa paucitas assium grave pondus erat: nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est. Sed iniurias atrociores, ut de osse fracto, non liberis modo, verum etiam servis factas, impensiore damno vindicaverunt, quibusdam autem iniuriis talionem quoque adposuerunt*“.²⁾

7. Řekl jsem již na počátku, že přes to důslední provedení systému t. zv. *actiones poenales* objevuje se již v klassickém právu i myšlenka náhrady škody z deliktu. Jaké jsou stopy této myšlenky? Byla to především t. zv. *condictio ex causa furtiva*, jež dávala k ní podnět. Jednalo se o žalobu vznikající z deliktu, (*furtum*), jejíž cíl však nebyl potrestání, nýbrž vydání ukradené věci, resp. zaplacení náhrady. (D 13, I, 7, 2...) *rei habet persecutionem*). Existenci této kondíckce byla idea soukromého trestu u žalob z *furta* a *rapiny* zajisté jen posílena, naproti tomu však vznikla možnost, že táž myšlenka bude u jiných žalob, nepřipouštějících kumulaci s podobným reipersekutorním prostředkem, seslabena. Sama sebou se nyní podávala otázka: přísluší v tom neb onom případě vedle trestní žaloby též nějaký náhradní prostředek, čili nic? Tak na př. jednalo se o t. zv. *metus* a z něho vznikající *actio q. metus causa*. Někdo donutil jiného k závazku stipulačnímu. Byl odsouzen k zaplacení čtyřnásobné hodnoty

²⁾ Jiné zajímavé doklady nacházíme v Senecovi, jehož filosofická díla vůbec oplývají tolika zajímavými formulacemi právníckými. Přírozený, etický ovšem leckdy zavržitelný, následek *iniuriae* označuje jako *ultio*, *vindicatio*, *repetitio* nebo slovesy *ulcisci*, *vindicare*, *repetere* a pod. Z přečetných dokladů uvádím aspoň tento: „*Deditis beneficium: iniuriam postea fecistis: et beneficium gratia debetur, et iniuriae ultio*“ (De benef. VI, 5). Pojednává o účelu trestu, praví: „*In iniuriis vindicandis haec tria lex secuta est... aut ut eum, quem punit, emendet: aut ut poena eius ceteros meliores reddat: aut ut sublatis malis securiores ceteri vivant*“ (De clementia I, 22).

stipulačního závazku. Nyní bylo zodpovědět otázku: přísluší postiženému vedle tohoto quadrupla i reipersekutorní prostředek k paralysování onoho vadného jednání, exceptio proti žalobě ze stipulace? Labeo zastával, že ano, Julian pak, že ne.³⁾ Kladné rozřešení zajisté jen posilovalo trestní povahu žaloby z deliktu. Jaký však význam mělo záporné rozřešení? Pokusíme se rozhodnouti tuto otázku aprioristicky, a k pozitivnímu rozhodnutí, jaké na tomto místě nalézáme v *Digestech*, prozatím nebudeme přihlížeti (*interpolace!*), vrátíme se k němu později. Je-li prokázána tak četnými citáty ryzí trestní funkce soukromých žalob trestních, je-li prokázáno, že trest byl normální konsekvencí deliktu, již provázel poměrně výjimečně právní prostředek netrestní, pak nebudeme z negace reipersekutorního prostředku vyvozovati nějaký pozitivní důsledek na předmět žaloby poenální. Jím jest „poena“ s její „*funzione afflittiva*“ za všech okolností, ať lze kumulovati s žalobou poenální žalobu náhradní čili nic. Případy této druhé kategorie bychom formulovali asi tak: poškozenému nepřisluší z deliktu v jeho aféře majetkové nic jiného, než trest, v trestu má své úplné uspokojení, tedy i svou náhradu.

8. Důsledek, k němuž jsme došli, jest třeba přezkoumati především na základním textu, který ex professo zabývá se naší otázkou, totiž velmi nesnadným (co do interpretace) textem Gaiových *Institucí* IV 6-9, který pro jeho důležitost reprodukuji v plném znění: „*Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam*. 7. *Rem tantum persequimur uelut actionibus, (quibus) ex contractu agimus*. 8. *Poenam tantum persequimur uelut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione ui bonorum raptorum; nam ipsius rei uindicatio et condictio nobis competit*. 9. *Rem uero et poenam persequimur uelut ex his causis, ex quibus aduersus infortiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt*“.

Podle Gaia domáháme se věci, žalujeme-li z kontraktu. Trestu se domáháme, žalujeme-li z *furta*, *iniurie*, a dle mínění mnohých i z *rapiny*; neboť co do věci samé přísluší nám kondíckce nebo *vindikace*. Důsledek toho, (Gaiem vyslovený!) jest, že dle mínění jiných, žalujeme-li z *rapiny*, domáháme se trestu i věci, *poena et res*, což platí pak i o ostatních deliktech, při nichž není vedle normální žaloby reipersekutorního právního prostředku. Tento výslovně neprojevený důsledek jest vše, co můžeme z Gaia pro náš problém fruktifikovati. Neboť pokračování, § 9., kde se jedná o kategorii „*res et poena*“, jest vypracován na jiné myšlenkové basi; uvádějí se tam případy, kdy k původnímu předmětu žaloby přistupuje stejný peníz jako trest

³⁾ Jest ovšem otázka, lze-li důvěřovati textu, neboť jest ohledně Juliana ne-li zcela, tedy aspoň z části interpolován.

za procesní popření. Gaiem uvedené schema, *res et poena*, pak hodí se výborně na tři z příkladů jím uvedených, v nichž opravdu původní předmět jest *res* z kontraktu (v nejširším smyslu jako opak deliktu), k němuž přistupuje následkem popírání poena, nehodí se však naprosto na případ *actio legis Aquiliae*, jejíž původ jest v deliktu, předmět pak jest ryzí poena se všemi důsledky i mimo případ popření (srv. D 9, 2, 11, 2). To jest nepopíratelný odpor v textu, který nelze aplanovati ani tvrzením, že předmět *a. legis A.* jest *res*,⁴⁾ ani tvrzením, že Gaius operuje zde s širším pojmem „*res*“ resp. užším pojmem „*poena*“,⁵⁾ ani tím, že Gaius nemá na mysli povahu žaloby *a. l. Aquiliae*, nýbrž její náhradní funkci.⁶⁾ Důvody didaktické tedy asi zaviniily vypočtení všech žalob, jež „*infitiando crescunt in duplum*“, pod titulem „*res et poena*“, čímž povstalo nedorozumění. Na každý způsob vidíme, že myšlenková base Gaiovy kategorie „*res a poena*“ jest tak exotická, že nelze z ní ničeho odvoditi pro zodpovězení otázky, jak se nahlíželo na předmět trestní žaloby v tom případě, když neměla vedle ní místa žaloba náhradní. Jsme tedy odkázáni na *argumentum a contrario* z věty „*nam rei ipsius et vindicatio et condictio nobis competit*“, z níž můžeme — nehledíc zatím k jinému — odvozovati: nepřisluší-li vedle poenální žaloby žaloba neb jiný prostředek *reipersekutorní*, jest předmětem žaloby poenální „*poena*“ a „*res*“. Jak ale rozuměti této kombinaci dvou protichůdných elementů? Jsou myslitelné dvě možnosti: buď předmět se dělí na dvě oddělené části, náhradu škody, *res* a trest, *poena*, t. j. obnos, přesahující náhradu; nebo celý předmět jest *poena*, ale je v něm obsažena též náhrada. První supposici lze snadno vyloučiti. Všimněme si na př. rapiny, o kterou nám tu jde v první řadě. V četných zajištěných textech klasických se zcela nesporně mluví o *poena quadrupli*, (srv. na př. Gaius III 167, D 47, 8, 4, 7 atd.), a pokud se vkládá do žalobního předmětu „*poena tripli*“ a „*reipersecutio*“, jest to vždy interpolace, jak ještě později bude systematicky ukázáno. Totéž platí analogicky na př. o *actio quod metus causa*, při níž se mluví v textech původních o „*poena quadrupli*“ v interpolovaných o „*poena tripli*“ a „*rei persecutio*“. Nezbyvá tudíž, leč druhá supposice: předmětem (a to celým) žaloby *actio vi bonorum raptorum*, resp. jiné analogické poenální žaloby jest „*poena*“, poněvadž však vedle ní nelze samostatně vydobývati věci resp. náhrady škody, jest v ní tato obsažena: ne *arci quantitativně*, určitou *quotou* předmětu, nýbrž nepřímou; *poena*, mající svůj *essentiální účel* trestní, nepřímou nahrazuje postiženému to, čeho nemá, totiž náhradní žalobu z deliktu. Zajímavá pak jest,

⁴⁾ Srov. de Francisci Azioni penali str. 10.

⁵⁾ Srov. Albertario Nota sulle azioni penali Bull. 1914 str. 98.

⁶⁾ Levy, Privatstrafe str. 27 — v tomto případě by bylo schema asi toto: *poena* s funkcí *reipersekutorní* + *poena* (za popření).

že mnohdy celá ta „*poena*“, třeba že jest jí „*quadruplum*“, nahradí postiženému plně škody, jeho *interesse*, (n. D 47, 8, 4, 11). To tedy, že *poena* majíc v první řadě vlastní účel trestní, nepřímou nahrazuje (třebas neúplně) postiženému nedostatek žaloby náhradní z deliktu, jest maximum, jež lze připustit pro právo klasické na účet myšlenky náhrady škody z deliktu.

9. Došli jsme k té pravděpodobné doměnce, že římská pravověda ve stadiu svého pokročilého vývoje snad došla k vědomí, že v tom neb onom případě *poena* nepřímou zastupuje scházející *reipersekutorní* prostředek, že má vedle své přirozené funkce trestní též nepřímou funkci náhradní (formulace Levyho). Máme v klasických pramenech nějaké stopy technické formulace tohoto problému? Jest to, co formuluje Gaius ve svých schematech „*res*“, „*poena*“, *res et poena*“ blíže provedeno resp. osvětleno jinými autory a texty? Především padá v úvahu analogický s Gaiovými Institucemi text Institucí Justinianových, IV, 6, 16—19. Než jaký tu rozdíl! Se stanoviska formálního jest důležité, že Instituce Just. mluví o rozdělení žalob dle předmětu (*actiones reipersequendae causa comparatae, actiones poenae reipersequendae causa comparatae, actiones mixtae*), kdežto Gaius mluví zcela povšechně o tom, co může býti předmětem žalob in personam, aniž by tím docházel k rozdělení žalob.) Věcně pak jest zásadní rozdíl v pojetí myšlenky „*poena et res*“. Kdežto u Gaia nelze ji pojímati jinak, než že celý předmět jest *poena*, která nepřímou nahrazuje i to, čeho by bylo možno dosíci žalobou náhradní, která má tedy nepřímou funkci náhradní, jest v Institucích to nové pojetí, že předmět se reálně dělí na „*res*“ a — pokud kondemnační suma přesahuje tuto — „*poena*“, což jest myšlenkou rozhodně cizí právu klasickému, jak bude ukázáno. Instituce Justinianovy tudíž v našem případě neosvětlují citovaného místa Gaiova, a jest se tedy zabývati jinými doklady textovými našeho problému. K odůvodnění různých právních účinků uchylují se římscí právníci často k stereotypnímu „*haec actio rei habet persecutionem*“, nebo „*poenae habet persecutionem*“, „*magis poenae et rei habet persecutionem*“, „*et rei habet persecutionem*“. Studuje tyto výroky příšel Levy⁷⁾ k teorii o žalobách poenálních s funkcí náhradní, zastává, že ono „*rei habet persecutionem*“ nemá nic společného s povahou žaloby, ale vyjadřuje její *reipersekutorní* funkci. Než pochybuji o tom, že bychom měli v onom častém a typickém „*rei habet persecutionem*“ doklad toho, jak vyjadřována byla náhradní funkce trestních žalob. Pochybují, že by tak často, při každé příležitosti vystavovali Římané náhradní charakter svých trestních žalob, že by tímto komplikovaným pojmem vykládali aktivní přechod těchto žalob na dědice,

⁷⁾ Bude nás tudíž zajímati text Justinianových Institucí ex professo teprve v kapitole II.

⁸⁾ Privatstrafe und Schadenersatz — passim.

trvání žaloby post annum a pod., když vysvětlení těchto účinků bylo jednoduché, zcela jiné (srv. kapitulu o aktivním přechodu dědickém a annalítě). Považují tudíž v tomto smyslu odůvodnění „quia rei habet persecutionem“ za interpolováno a myslím, že jest myslitelné pokud se týče práva klassického nejvýše, jde-li o konkurenci poenální žaloby s žalobou reipersecutorní (srv. na př. D 44, 7, 44, 2 — D 17, 2, 50). Hlavní pak důvod, pro který příkládám zmíněné formulaci tak malou cenu pro právo klasické, jest tento: v největším počtu případů, a to právě případů nesporně klasických, znamená formulace „rei continet persecutionem“ pravý opak slov „poenae habet persecutionem“ t. j. znamená úplné vyloučení poenální povahy té které actio a co nejdůležitější akcentování její povahy reipersecutorní. Není divu pak, že slovy těmi se zdůvodňuje *passivní* přechod dědický (resp. ve spojení s tím i neobmezené trvání žaloby); a že právě *passivní* přechod dědický jest tou nejmarkantnější známkou žaloby náhradní, žaloby zásadně nepoenální, není třeba zdůrazňovati. Tak se formulací touto zdůrazňuje reipersecutorní povaha, a pravý opak účinků poenálních v těchto případech: u a. tributoria (D 14, 4, 8, — „et perpetuo et in heredem datur quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet“), condictio furtiva (D 13, 1, 7 „quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat“), actio z konstitutata (D 13, 5, 18, 2, ... „utrum poenam contineat haec actio, an rei persecutionem: et magis est, ... ut rei sit persecutio“) actio z recepta (D 4, 9, 3, 4, „haec actio rei persecutionem continet... et ideo et in heredem et perpetuo dabitur“), actio z intercesse ženy (D 16, 1, 10 „hae actiones quae in eos, pro quibus mulier intercessit dantur, heredibus et in heredes et perpetuo competunt: habent enim rei persecutionem“), actio in factum z interdiktů proti dědicí (haec actio quae adversus heredem ... pertinet, perpetuo competit, quia in ea rei persecutio continetur D 43, 16, 3, 1), actio iudicati (D 42, 1, 6, 3, „Iudicati actio perpetua est et rei persecutionem continet“), actio v případě damnum infectum (D 39, 2, 4, 10, o níž se výslovně v § 7 l. c. praví „quod (iudicium) non ad quantitatem refertur, sed ad id, quod interest, et ad utilitatem, non ad poenam“, takže o povaze jejího předmětu nemůže být pochyby; reipersecutorní ráz i účinky jsou pak výslovně akcentovány obvyklým „rei habet persecutionem, et heredi et in heredem et perpetuo dabitur“). Konečně Paulus v D 44, 7, 35 demonstruje „actiones quae rei persecutionem habent“ výlučně takovými žalobami, které co do své *povahy* jsou každým coulem reipersecutorní. Ptám se tudíž: jest možno, aby římstí právníci jedné a téže formulace, která má k tomu všemu ráz *technické* formulace, používali *zásadně* ve dvou různých významech, jednou, aby jí *vyloučili* poenální povahu určité žaloby a jejího předmětu, jindy pak, aby jí vyjádřili pouze náhradní funkci soukromého trestu, tedy nevylučující poenality? Jest možno, aby

tatáž formulace byla *zásadně* a *pravidelně* používána v tak různých významech? „Rei persecutionem continet“ znamenalo zásadně vyloučení „poenam continet“, vyloučení poenality. Že snad někdy bylo použito slov „rei persecutionem continet“ přenesené k označení toho, že v předmětu poenální žaloby, v trestu, jest obsaženo pro poškozeného i materiální odškodnění, toho nepopírám (srv. na př. D 25, 2, 20, 5—42, 5, 9, 8, — 44, 7, 34, 2 — 17, 2, 50), ale jednalo se o *výjimečné přenesení* zmíněné technické formulace na případy jiné, takže ani zdaleka nelze mluvit o technickém používání oněch slov k vyjádření problému, Gaiem nadhozeného: poena a res. Logická struktura žalob poenálních vzdorovala tudíž ku podivu silně vůči právnímu vybudování režimu náhrady škody z deliktu, třebaže tu bylo vědomé myšlenky té u elementů pravotvorných.^{8a)}

10. Přeneseme-li se nyní ve vývojovém studiu soukromého trestu asi o 3 století, t. j. necháme-li zatím bez povšimnutí onu nám temnou dobu dekadence práva, poněkudého assimilování se světového práva římského lokálním poměrům římského východu, a přihlédneme-li k pozitivnímu právu Justinianovu, přečteme-li si na př. uvedené již místo Justinianových Institucí, korespondující s Gaiem IV 6—9, překvapíme se výsledky nového vývoje římského práva i v našem předmětu. Násilně měnice klasické texty, vnášejí tam kompilatoři toto nové pojetí předmětu soukromých žalob trestních: je-li jim určité multiplum, na př. duplum, quadruplum, odrážejí z toho simplum na náhradu škody, a teprve zbytek jest poena. Simplum jest jim takřka totožné s pojmem res. Poněvadž každá actio poenalis směřovala při nejmenším k „simplum“, tedy každá actio poenalis — až na několik výjimek, na př. actio furti — má nyní v první řadě za předmět náhradu škody a teprve, je-li předmětem multiplum, jest ve *zbývající* části předmětu representována poena. Kdyby byli kompilatoři — jak v našem případě, tak i vůbec — dovedli logicky provést tu neb onu svou novou myšlenku, došli by k tomu, že každá klasická actio poenalis, jež směřovala k simplum, jest actio reipersecutoria (svou povahou!). Skutečně také na př. actio poenalis v případě alienatio iudicii mutandi causa facta jest toho přímým dokladem, neboť interpolovaný text D 4, 7, 4, 6 praví: „haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem continet“.⁹⁾ Poněvadž ale důsledně vypracování práva není právě vlastností kompilátorů, nedocházejí ani oni k tomuto nutnému pro ně důsledku, aspoň výslovně toho neformulují, a tak nacházíme dosti pestrý chaos myšlenkový; klasická actio poenalis in simplum

^{8a)} Srov. dnes též Beseler, Beiträge IV str. 260—266. Svou práci habilitační psal jsem přirozeně neodvisle od tohoto díla.

⁹⁾ Interpolace týká se záporu „non“ a věty „sed rei persecutionem continet“, použité kompilatory ve smyslu vyloučení poenality tak, jak jí užívali klasičtí právníci. Z literatury srov. Albertario Bull. 1914 str. 104, de Francisci str. 37, Levy str. 83.

jest pro ně jednou actio svou povahou reipersecutoria, jindy actio povahou „trestní“ s funkcí náhradní. Mimo to překvapuje způsob, jak provádějí byzantští pasivní dědický přechod klasických actiones poenales. Kdyby i zde byla jejich zásadní myšlenka, že „simplum“ rovná se pojmu „res“ a teprve zbytek jest „poena“ důsledně provedena, očekávali bychom pasivní přechod dědický celé „res“, místo toho však nacházíme pasivní přechod dědický co do obohacení dědicova, kterouž myšlenku podrobně na svém místě vysvětlíme, na každý způsob však ji chápeme jako nedůslednost.

11. Z uvedeného lze očekávat, že texty z Digest, Institucí a Codexu, pokud se vztahují na problém nás zajímající, přímo hýří interpolacemi. Jednotlivé případy sem náležející, jsou:

1. Actio vi bonorum raptorum.

Předmětem jejím bylo v právu klassickém do roka quadruplum, po roce simplum (srv. Gai III 209 a j.). Kompilatoři dělají reálně předmět její a v tom směru jest interpolován text Institucí IV, 6, 19 „quia in quadruplo rei persecutio continetur, poena autem tripli est“. Stejně interpolován Cod. 9, 33, 1 „Vi bonorum actionem, quae cum poena sua retrahit ablata“.¹⁰⁾

2. Actio legis Aquiliae.

Moderní doktrína správně přičítá kompilátorům tyto fragmenty z Institucí: IV, 3, 9 „qua ratione creditum... lis aestimaretur“, IV, 6, 19 „sed et l. A. actio... traditam divisionem“.¹¹⁾ Oba fragmenty prozrazují názory byzantských právníků na pojmy poena a actiones poenales. Předmět žaloby jest „poena“, žaloba jest trestní pouze proto „quia non solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris“. Odtud pak činí konkluzi: kdyby předmět žaloby nepřesahoval škody „si ultra damnum numquam lis aestimaretur“ (srv. též Parafrazi Theofilovu Ferrini II 401 „εἰ γὰρ εἰς τοσοῦτο, εἰς ὅσον τις ἐζημίωσεν, ἐνοχὸς ἐγίνετο“) žaloba by nebyla poenální a přecházela by pasivně na dědice („ἀμάχως καὶ ὁ τοῦτου κληρονόμος τῇ αὐτῇ ὑπεβάλλετο ἀγωγῆ“) Parafraze Theofilova akcentuje zvláště tu okolnost, že ačkoli žaloba směřuje k simplu, přece obsahuje také „rei persecutionem“, právě proto, že simplum v tomto případě přesahuje škodu „ἰδὼν ἐνταῦθα εἰ εἰς ἀπλοῦν γίνεται, καὶ διωκὼς ἔχει καὶ ποινηὴς ἀπαίτησιν“: z toho vyplývá, že simplum „ἀπλοῦν“ jest normálně identické s pojmem res. Tento důsledek jest arci klasickému právu cizí, neboť toto zná četné actiones poenales, jež směřují k simplu hned, nebo po uplynutí roku.

¹⁰⁾ Důkazem o tom, že „cum poena sua“ jest míněno jako „cum poena tripli“ jest to, že v jiném interpolovaném, stejně stylisovaném textu, vztahujícím se na a. vi bonorum raptorum, nacházíme výslovně „cum poena tripli“ D 39, 4, 9, 5 „per vim vero extortum cum poena tripli restituitur“ (Levy, Koukurenz I 435).

¹¹⁾ Srov. na př. de Francisci str. 68 a j.

3. Actio calumniae.

Interpolováno jest, jak všeobecně známo¹²⁾ „an vero in tripulum dauda sit? D 3, 6, 5, 1.

4. Actio quod metus causa.

Její předmětem byla v klasickém právu do roka poena quadrupli, po roce poena simpli a bylo sporno pouze to, zda quadruplum jest vším, co se poskytuje postiženému, či on může vedle toho též jinými prostředky povahy reipersecutoria brániti se škodlivým účinkům donucení. (D 4, 2, 14, 9 srv. shora.) Kompilatoři dělají quadruplum na „simplum“ reprezentující „res“ (t. j. vydání věci, je-li vadné negotium perfectum, nebo osvobození od závazku, na př. akceptilace, je-li imperfectum) a na „tripulum“, jímž je vyjádřena „poena“. Interpolovaná místa v tom směru jsou:

D 4, 2, 14, 9 „quod cum durum videbatur...“, celý násl. § 10, a většina násl. §u 11., na př. celá stať „in hoc casu... mortuus fuerit“.¹³⁾

Považují v tomto směru za interpolovanou též větu „cum in quadruplo et simplum sit reus consecutus“, odůvodnění připojené k rozhodnutí Julianovu, (?) že excepcie proti vadné (donucením uzavřené) stipulaci nemá účinku (může býti odražena replikací), jestliže donucený promissor již byl vznesl trestní žalobu in quadruplum (D 4, 2, 14, 9); pouze kompilatoři a byzantští právníci kladou na roveň pojem „simplum“ „ἀπλοῦν“ pojmu „res“. Zcela jistě justiniánský text, § 10. l. c., zřejmě není pokračováním § 9., nýbrž ideově se vrací a navazuje právě na větu „cum in quadruplo et simplum sit reus consecutus“. Proto myslím, že celá tato věta jest interpolována, ne pouze slovo „simplum“, nahrazující slovo „rem“, jak soudí Betti.¹⁴⁾

5. Actio servi corrupti.

Interpolace týká se Paulova textu D 11, 3, 14, 5, který by bylo dle Albertaria rekonstruovat takto: „In hac actione (non interp.) extra rem duplum est. (id enim q. d. d. est duplatur interp.) Interpolace tohoto místa vyplývá, myslím, z dalšího kontextu, §u 6. Tam se praví, že vzhledem k tomu, co bylo právě řečeno, „his consequenter“, jest základem dupla, jež žalovaný musí zaplatiti, navedl-li otroka k furtu, nejen to, oč jest otrok znehodnocen, ale i to, co pán musí poškozenému zaplatiti. Jest tudíž jasno, že předchozí kontext, t. j. nás zajímající § 5, obsahoval ideu §u 6 ve všeobecné formulaci, tedy ze slov, jež obsahuje, byla by původní pouze slova „in hac actione id quod damni datum est duplatur“.

¹²⁾ Srov. de Francisci str. 76, Beseler, Beiträge I 71 a j.

¹³⁾ Srov. Faber, Rationalia k cit. textu, Biondi, Studi sulle azioni arbitrarie str. 58. Albertario Bull. 1914 str. 101, Eisele Z. S. S. XIII 119, Lenel Ed. perp. 111/1, Betti str. 199.

¹⁴⁾ Srv. Betti str. 119. Za interpolovanou považuje cit. větu též Biondi Studi s. a. arb. str. 69.

6. Actio rationibus distrahendis.

Tato trestní žaloba směřovala k „poena dupli“ podle ceny věci. (D 27, 3, 1, § 23—20). Jest možno, že bylo diskutováno mezi klasickými právníky, zda vedle zmíněného trestu dvojnásobného může býtí samostatně vydobývána „res“ (na př. kondikcí, jsou-li uskutečněny skutkovou okolností zakládající actio rationibus distrahendis též podmínky furta). V žádném případě však nedělili římstí právníci předmět žaloby na simplum, představující „res“ a další část předmětu, trest. V tom ohledu jest interpolován text D 27, 3, 2, 2.¹⁵⁾

V materii actio rationibus distrahendis považují s tohoto stanoviska (idea poeny) za interpolovaný též l. 55 § 1 D 26, 7 „nemo... aestimationem“. Jak již částečně bylo ukázáno, byla jednou z nejspornějších otázek práva klasického otázka, zda u toho neb onoho deliktu lze vydobývatí vedle trestu též náhradu škody zvláštním reipersekutorním prostředkem. To bylo přirozené, neboť otázka tato nebyla rozřešena právní normou (po způsobu D 47, 1, 1, pr), nýbrž se probíjela teprv praxí v každém jednotlivém případě zvlášť. (Srov. na př. případy metu a rapiny.) Ježto se tedy jednalo o problém tak sporný, musíme vyloučiti, že by byl klasický právník mohl se vyjádřiti o něm s takovou jistotou a neomylností, jaká se jeví ve stylisaci „nemo denique dicet“. Tato stylisace jest možna teprve v právu byzantském, jež nejistoty nebo kontroverse v uvedeném problému nezná; případy, kdy vedle trestu lze samostatně vydobývatí „res“, jsou obmezeny na pouhé furtum, jak vychází ze scholia k Bas. 60, 6, 14, 5 „... τῆς γὰρ φούρου μόνως ἐστὶν τὸ ἀπλοῦν... ἐκτὸς τῆς ζημίας ἀπαιτεῖν, οὐ μὴν ἄλλης ἀγωγῆς, οὔτε τῆς βί βουόρου ῥαπτόρου, οὔτε τῆς μέτους καῦσα οὔτε ἄλλης.

7. Actio contra publicanum quod eius publici nomine vi ademert.

Směřovala k trestu dvojnásobného po dobu roku, po roce k simplu. (D 39, 4, 1). Interpolován jest l. 5 § 1 D eod.

12. Poena v právu byzantském jest část předmětu té či oné actio poenalis, která zbývá po odrazení obnosu, reprezentujícího náhradu škody. Když takto konstruovali byzantští pojem „poena“, učinili následující praktický důsledek. Jedná-li se o to, aby bylo dáno odškodnění z deliktu, při tom však též, aby se tak stalo jinak, než žalobou poenální (na př. vzhledem k poměru manželskému mezi delinquentem a poškozeným), tvoří byzantští právníci novou cestu k tomu: poskytují místo té neb oné poenální

¹⁵⁾ V plném rozsahu připisuje text kompilatorům Pampaloni sopra alcunazioni attinenti al delitto di furto. Studi Senesi XVII a ve shodě s ním Albertario Bull. 1914 str. 101. Jisté výhrady (ve smyslu své doktriny o náhradní funkci trestních žalob) činí Levy, Konkurenz I str. 144 a obdobně Betti str. 200.

actio in multiplum stejnou actio in simplum; tak poskytují manželovi proti manželce za trvání manželství z deliktu damnum iniuria datum actio legis Aquiliae in simplum (a to za všech okolností in simplum i v případě infitiatio, při čemž simplum patrně vždy se shoduje s náhradou škody) a z deliktu servi corruptio actio servi corrupti in simplum. To jest vysloveno ve corruptio k Bas 28, 11, str. Heimbach III. Καὶ ποιινάλιος ὁν ὁ Ἀκουίλιος, ὡς ἔστιται. ὁ τίτλος ἔχων ποιινὴν καὶ οἱ παρσεκουτίονα, κινεῖται κατὰ τῆς γαμετῆς καὶ τοῦ γάμου συννεσιῶτος... καὶ δύναιται λέγειν, μὴ ποιναλίως αὐτὸν κινεῖσθαι, týká se patrně zvláštního vyššího měřítka pro ocenění simpla), μήτε ἐξ ἀρνήσεως διπλασιάσθαι, ἀλλὰ διὰ τὴν θάλαψιν τῶν γάμων εἰς τὸ ἀπλοῦν κατὰ τὸ εἰρημένον περὶ τῆς σέρβι κορροῦπτι. S tímto korespondují texty D 11, 3, 17 a Bas. 60, 6, 17 (actio servi corrupti proti manželce za trvání manželství in simplum, εἰς τὸ ἀπλοῦν) a dotyčné scholium (Heimbach V str. ke slovům εἰς τὸ ἀπλοῦν] ὁσπερ καὶ τῷ Ἀκουίλιου. Text Digest l. 17 D 11, 3 jest přirozeně interpolován.¹⁶⁾

Totéž ohledně actio legis Aquiliae se praví ve scholiu k D 9, 2, 27, 30, Bas. 60, 3, 27, 30 Heimbach V 299 Πλὴν εἰς τὸ ἀπλοῦν, κἂν ἀρνήσεται, καταδικάζεται... τοῦτο δὲ γίνεται διὰ τὴν τῶν γάμων θάλαψιν - ἐπείτοιγε μετὰ τὴν λύσιν τῶν γάμων εἰς τὸ ἀπλοῦν. Dokonce pak tatáž zásada se aplikuje na veškeré actiones poenales ve scholiu k D 9, 2, 56 Bas. 60, 3, 56 (Heimbach V) Σημειῶσαι, ὅτι καὶ ὁ Ἀκουίλιος, εἰ κινεῖται ἐν συννεσιῶτι τῆ γάμου, εἰς τὸ ἀπλοῦν κινεῖται - τὸ δὲ αὐτὸ καὶ ἐπὶ πάσης ποιναλίας ἀγωγῆς. Tyto konstrukce, v právu klasickém nemožné, vysvětluje způsob, jak nazírají byzantští právníci na pojem „poena“, jmenovitě ten důsledek, k němuž došli, že totiž simplum, ἀπλοῦν, zásadně není poena, nýbrž res. Touž myšlenku — simplum = res — nalézáme ještě v jiné variaci. Byzantští totiž používají té okolnosti, že actio směřuje k simplu, aby jí dokázali, že actio není poenalis. To vychází na př. ze scholia Enantiofanova k Bas. 28, 11, 16: Σημειῶσαι ὅν ἐκ τούτου τοῦ ῥητοῦ (totíž z toho, že předmětem jest ἀπλοῦν) ὅτι ἡ ῥεφου ἀμοτάρου οὐκ ἐστὶ ποιναλία (nota ergo ex hoc textu actionem rerum amotarum non esse poenalem).

13. Výsledek, k němuž docházíme, jest velmi zajímavý: přímý opak toho, od čeho vývoj vyšel. Základem vývoje byla idea, že soukromý trest jest přirozenou konsekvencí deliktu. Vývoj končí tím, že přirozenou konsekvencí deliktu jest náhrada škody, že to, čeho dosáhne poškozený nad prostou náhradu, jest jen důsledkem úpravy pozitivního práva. Tak byzantský právník Stephanos výslovně vylučuje, že by byl trest v tomto směru „naturnální“ závazkem z deliktu „ἡ γὰρ ποιινὴ οὐ φυσικῶς χρεωστέ-

¹⁶⁾ Srov. Levy, Privatstrafe st. 125/3.

ται, ἀλλὰ ἀπὸ νόμων ἐπιτενόνηται", odůvodňuje tímto novým principem normu římského práva klasického, že v případě furta otrokova může být předmětem srážky z peculia pouze to, „quod domino abest“, nikoli duplum nebo quadruplum.¹⁷⁾ Došlo se nyní k jasnému vědomí myšlenky náhrady škody z deliktu, čímž dán základ k novému vývoji.

¹⁷⁾ Srov. D 15, 1, 9, 6. Bas. 18, 5, 9, 6, Heimbach Suplem.

II.

ACTIO POENALIS VE VÝVOJI PRÁVA ŘÍMSKÉHO.

1. Actio poenalis jest žaloba vznikající z deliktu (civilního nebo praetorského) a směřující k peněžitému trestu (poena).

Oba tyto předpoklady, důvod vzniku — delikt, a předmět — poena, vyplývají z Gaiovy stylisace „ex maleficiis poenales actiones“ Gai IV 112, D 50, 17, 111, 1. Totéž pojetí soukromé trestní žaloby vyplývá z textu Ulpianova D 42, 5, 9, 8 „cum ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur“. Pouhé označení „ex maleficio, ex delicto actio“ pro actio poenalis v pramenech nacházíme jen ojedíněle, a právem, neboť nevystihuje pojmu. To, co charakterisuje actio poenalis jest jednak, že vzhází z deliktu, jednak, že jejím předmětem jest poena.¹⁾ Viděli jsme, že pojem poena se průběhem doby měnil, takže v právu Justinianském setkáváme se s jejím novým, užším pojmem, za to pojem actio poenalis zůstal nezměněn. Shora uvedená definice má zásadní platnost i pro právo justiniánské. Arciť nový, užší pojem poeny přinesl sebou, že z klasických žalob poenálních zbylo pro právo justiniánské pouze několik.

2. Vzniká otázka: znali římstí právníci takového třídění žalob, které by odpovídalo distinkci obdobných veličin, totiž res a poena?

¹⁾ Tato definice pojmu actiones poenales vylučuje veškeré konstrukce deliktních žalob na náhradu škody jako zvláštní skupiny žalob poenálních (na př. Perniceovu „Deliktsklage auf Schadenersatz“, jejíž příklad by byl actio doli, u níž „nur die Grundlage bleibt deliktisch...“ Labeo II 1, str. 201.) Tyto konstrukce vyplynuly z neporozumění pojmu „poena“, jejich neudržitelnost prokázal na př. Levy (Privatstrafe str. 136 násl.) V nové době de Francisci odvozuje z cit. místa Gaiových Institucí IV, 9 a j., že actio poenalis značí totéž co actio ex delicto. V tom směru odkazují k tomu, co bylo řečeno o interpretaci tohoto textu. Na každý způsob jest předmětem a o. l. Aquiliae „poena“ a tudíž Gaiova formule „ex maleficio poenalis actio, vystihují oba zmíněné předpoklady (důvod vzniku — delikt, předmět — poena) vystihuje pravý dosah pojmu actio poenalis a naprosto není pleonastickou, jak soudí de Francisci. Ostatně to, že pojem actio poenalis jest něco užšího, určitějšího než actio ex delicto, dokazuje existence reipersekutorních, t. j. ku „res“ směřujících žalob z deliktu, na př. conditio furtiva a actio rerum amotarum. Srv. na př. D 42, 1, 52. Tyto žaloby pocházejí „ex delicto“, ale nejsou „poenales“.

Gaius, který co do předmětu žalob in personam rozeznává výslovně trojí možnou eventualitu: res, poena, res et poena, nečiní pokud se týče žalob žádně distinkce. Cassius (D 44, 7, 35) třídí praetorské žaloby na ty, „quae rei persecutionem habent“ (mají místo i po roce a přecházejí passivně na dědice) a ostatní, „ceterae“ (mají místo intra annum a passivně nepřecházejí na dědice). Z pokračování textu (vyloučení passivního přechodu dědického u těchto posledních žalob a annalita — zásadní znaky žalob trestních), vyplývá, že „ceterae“ jsou trestní žaloby. Zná tudíž Cassius a s ním Paulus pouze dvě skupiny žalob: reipersecutorní a poenální, a obdobná systematika vychází i z institucí Gaiových (IV 112) „ex malificiis poenales actiones“ a (IV 113) „ex contractu actiones“.

Vypracované systémy žalob na základě předmětu nacházíme teprve v Justinianových institucích a v Parafrasi Theofilově. Instituce IV 6, 16.

Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones rei persecuendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persecuendae, quaedam mixtae sunt.

Parafraze Theofil. (Institutionum Graeca Paraphrasis Theophili — Ferrini II 426) *Δευτέρα τῶν ἀγωγῶν διαίρεσις αὕτη, ὅτι τῶν ἀγωγῶν τὰς μὲν κινούμεν ad rei persecutionem, τούτέστιν ψιλὸν τὸ πρᾶγμα ἀπαιτοῦντες, τινὰς δὲ ἐπὶ ἀπαιτήσει ποινῆς, τινὰς δὲ εἰς μίξαι ἔχουσαι καὶ rei persecutionem ὄσαι δὲ καὶ poenaliai.*

I IV, 6, 17.

Rei persecuendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones, earum vero actionum, quae in personam sunt, hae quidem, quae ex contractu nascuntur fere omnes rei persecuendae causa comparatae videntur...

I IV 6, 18.

Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persecuendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae quam rei persecuendae et ob id mixtae sunt.

Inst. Graeca Paraphrasis Theof. — Ferrini II 426. *Αἱ δὲ ἐξ ἀμαρτήματος ἐγειρόμεναι ἀγωγαὶ ποτὲ μὲν μόνῃς ποινῆς ἀπαιτήσιν ἔχουσι, ποτὲ δὲ τοῦτο μὲν ποινῆς, τοῦτε δὲ καὶ τοῦ πρᾶγματος αὐτοῦ, ὥστε αὐτὰς εἶναι μίξαις.*

Jsou tedy vypracovány v institucích a parafrasi tři přesně uzavřené kategorie žalob vzhledem k předmětu:

- 1) rei persecuendae gratia comparatae,
- 2) poenae persecuendae gr. comp.
- 3) mixtae.

Patří tyto distinkce pravovědě klasické, či jsou výtvořem byzantským?

4. Především nás zajímá otázka provenience cit. míst Just. Institucí. Podle Ferriniho²⁾ jest § 16. vyňat z Gaiových Res quo-

²⁾ Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano Bull. XIII, str. 193.

tidianaee (argumenty: „sequens illa divisio est...“ „divisio...“ „quod quaedam...“ „quaedam...“ quaedam...“ Gaius 1 48... 2, 12, 65, 146... 4, 10, 44). Konnexe těchto argumentů činí důkaz téhož původu, pokud se týče §§ 17—19. Interpolovány jsou dle Ferriniho pouze začátek § 19., jednájící o actio vi bonorum raptorum a pak konec tohoto paragrafu.

Jest ovšem otázka, náleží-li Gaiovi vše to nové, čím jsou Instituce Justinianovy obohaceny vůči Institucím Gaiovým. Jedná se tu i o nové formulace i o jejich obsah.

Tedy především kdo jest autorem nových formulek, uvedených v § 16? Že by se tyto formulky v klasickém právu vyskytovaly, nemáme přímých dokladů v pramenech, z toho ovšem nevyplývá ještě domněnka, že jsou interpolovány, a lze pochybovat i již se stanoviska formálního jedině o termínu „mixtae“, který v dnešní vědě romanistické se většinou přikládá kompilátorům. Jinak však považují za zcela možné, že Gaius sám jest autorem uvedených formulí, neboť jejich analogie se známými schematy „res“, „poena“, „res et poena“ jest dosti silná.

Mnohem těžší a ovšem i zajímavější jest kritika další části textu, §§ 17, 18, 19, kdež se dostává citovaným kategoriím žalob určitého obsahu. Kritické stanovisko k nim může býti velmi určité, neboť máme po ruce Gaiovy Instituce, a ideový rozpor mezi těmito a obšírnějším dílem téhož autora (Res cot.) nelze připustiti. Jako právě Gaiův text jest značnou garancí původnosti formálních kategorií „actiones rei persecuendae c. c.“, „a. poenae p. c.“, „actiones tam rei quam poenae c. c.“, tak týž text nám může býti dobrým vodítkem při zjišťování obsahu těchto kategorií vzhledem k právu klasickému.

Kategorie „actiones rei p. c. c.“ odpovídají distinkci, která může býti odvozena z Gaiových Institucí: „actiones quibus rem persequimur“ a „actiones quibus poenam persequimur“. Zpracování, které nacházíme v Institucích v §§ 17 a 18 odpovídá v zásadě myšlenkám Gaiových Institucí, IV 7—8, vytknouti nutno jednak bohatší zpracování Justinianových Institucí, a pak některé věcné odchylky, tu na př., že jest vzata širší báse pro rozřídění žalob, takže jsou vzaty v úvahu nejenom žaloby osobní, ale i věcné. Důležitější pro nás však jest to, že postrádáme v kategorii „poenae persecuendae“ „actio vi bonorum raptorum“, s níž neprávem setkáváme se teprve v třetí kategorii. Tato odchylka nemůže býti přičtena na vrub Gaiovi samému.³⁾

Třetí kategorie Institucí, „actiones tam poenae, quam rei p. c. c.“, odpovídá na první pohled Gaiovu výslovně uvedenému schematu „res et poena“.⁴⁾ Podle toho by se měla shodovati

³⁾ Pochybnost jest umístění zmínky o depositu. Věcně není vyloučeno, že Gaius uváděl ji jako žalobní typ třetí, smíšené kategorie. Věta quo casu mixta est actio jest interpolací.

⁴⁾ Ač-li nechceme vyvozovati důsledků z toho, že Gaius mluví o res et poena, Justin. Instituce o poena et res.

i obsahová výplň těchto kategorií. Gaius, jak známo, aplikuje schema „res et poena na žaloby „quae infitiando crescunt in duplum“, případy, které nemají s poenálními žalobami nic společného (nehledíme-li k nevhodnému umístění actio legis Aquiliae). Podle toho bychom očekávali, že typem tak zv. actiones tam poenae quam rei p. c. c. budou tytéž actiones quae infitiando crescunt in duplum. Než jaký tu podstatný rozdíl. Instituce uvádějí na prvním místě actio vi bonorum raptorum s tou poznámkou, že její předmět je poena triplí a res, načež následuje actio legis Aquiliae s tou novou poznámkou, že předmětem jejím jest res a poena, nejen v případě popírání, ale i jindy, neboť zvláštní způsob vyměřování simpla vede k tomu, že v něm bude více, než obnáší skutečná škoda; na to následuje žaloba z legátů zanechaných locis venerabilibus, směřující k duplu v případě dobrovolného nesplnění; v jiné souvislosti konečně, § 17 eod., jest uvedena další, sem náležející žaloba in duplum z deposita necessaria. Věru pestrý čtyřlístek žalob. Na štěstí nebude těžko zjistiti jeho provenienci. Že nepatřila mezi actiones tam poenae quam rei p. c. c. — předpokládajíc její klasický původ — actio vi bonorum raptorum, jest samozřejmo, neboť v klasickém právu byla jejím předmětem poena quadruplí (nikoli triplum a res) a jsme tedy před vyloženou interpolací. Že Gaius neuváděl mezi actiones tam poenae quam rei p. c. c. žalobu z odkazů, zanechaných sacrosanctis ecclesiis vel aliis locis venerabilibus, jest samozřejmo. Zbývá depositum necessarium a actio legis Aquiliae. Dle mého názoru uvedl Gaius ve skupině, o níž mluvíme, obě tyto žaloby (kromě jiných). Jednu právem, druhou neprávem, jakýmsi nedorozuměním. Totéž nedorozumění, kteréž jsme konstatovali, interpretující text Gaiových Institucí IV, 9, opakovalo se patrně i v rozšířeném podání Institucí, Res quotidianae, jež předpokládáme zde jako základ k textu Justinianových Institucí. I zde uváděl Gaius jako typ žalob směřujících in poenam et rem žaloby, které popíráním se zdvojnásobují. Dle mého názoru vypočítával je zde všechny, podobně jako v Institucích. Jako jiný typ žalobní pak uvedl v této souvislosti žalobu z deposita necessaria. Příklady ty byly dobře voleny,⁵⁾ neboť vskutku šlo tu o žaloby, mající za původní předmět res a vedle toho v případě popírání stejný obnos jako trest.

5. Tyto okolnosti mne vedou k následující, ovšem velmi hypothetické konkluzi: Podle analogie schemat v Institucích IV, 6—9 uvedených, konstruoval Gaius ve svých Res quotidianae tři skupiny žalob, jak jsou uvedeny v Institucích Justinianových IV 6, 17.⁶⁾ Skupina smíšená zahrnovala žaloby o předmětu smíšeném z „res“ a „poena“ (alterum tantum), neboť o nich bylo lze právem říci, že jsou tam poenae quam rei persequendae

⁵⁾ Přírozně nehledě k nedorozumění s actio legis Aquiliae.

⁶⁾ Pravděpodobně ovšem bez terminologie „mixtae“.

causa comparatae. Kompilatoři škrtili jednotlivé ony actiones, quae infitiando crescunt in duplum, pro jejich nepraktičnost,⁷⁾ ponechali jedinou z nich, actio legis Aquiliae, jež k tomu nese tak málo pečeť myšlenky autora konstrukce, a přidali nový případ jakési nepravé infitiace (legatum venerabilibus locis relictum). Vedle toho rozšířili kompilatoři Gaiem vyslovený princip (poena et res = actiones quae infitiando c. i. d.) na actiones poenales, které nepřipouštěly kumulaci s právním prostředkem náhradním, a to tím spíše, že — jak víme z kapitoly I — pojímají předmět většiny poenálních žalob za složený ze dvou od sebe oddělených veličin, res et poena. Tak lze vysvětliti, že jsou uvedeny v Institucích mezi actiones tam poenae quam rei p. c. c. actio vi bonorum raptorum a actio legis Aquiliae, obě, přesně vzato klasické poenální žaloby.

Tyto pozitivní konkluse jsou arci ceny hypothetické, za to jistější zdá se mi konkluse negativní: klasické právo nezná třídění žalob poenálních. I když vykládáme s velikou tolerancí text Justinianových Institucí, a považujeme uvedené tři kategorie žalob za původní, nejsme tím ještě nuceni opustiti jednotnost pojmu actiones poenales, neboť ona smíšená kategorie „tam poenae quam rei...“ vztahovala se na takové typy, jako actiones quae infitiando crescunt in duplum, eventuelně depositum necessarium a tak dále, které *nepadaly do pojmu žalob poenálních*, a teprve kompilatoři vyplnili tuto smíšenou skupinu trestními žalobami o předmětu res et poenae (úvodní věta § 18. interpolována). Tyto trestní žaloby o předmětu smíšeném nazývají pak kompilatoři „actiones mixtae“. Z uvedeného vyplývá se značnou pravděpodobností, kde našli kompilatoři vzor pro svoje „actiones mixtae“. V oněch žalobách, que infitiando crescunt in duplum a v jiných snad ještě repersekutorních žalobách in duplum, v nichž reální rozdělení předmětu na res a poena bylo tak evidentní, že daly vzniknouti konstrukcím actiones tam poenae quam rei p. c. c.

6. Z toho, co dosud uvedeno, vyplývá naprostá jednotnost klasického pojmu actiones poenales. Tomuto jednotnému pojímání odporuje do jisté míry idea trestné žaloby s funkcí náhradní, kterou konstruují někteří moderní autoři.⁸⁾

Podle této myšlenky existují actiones poenales, t. j. žaloby z deliktu, jichž účelem jest soukromý trest, vedlejší funkcí však náhrada škody. Jedná se tu o pomůcku myšlení, které potřebujeme, abychom si představili podstatu soukromého trestu, dnes dosti nepochopitelnou. Pro Římany, kteří tkvěli pevně ještě v myšlence soukromého trestu, nebylo ovšem příčiny, utíkatí se k této myšlenkové pomůcce tak často a důsledně, jako nám. Jenom otázka kumulace žaloby trestní a náhradní zavdala snad podnět k všeobecnějším úvahám o náhradní funkci trestní žaloby,

⁷⁾ Srv. Rotondi Teorie postclassiche sull' actio l. Aquiliae str. 6 násl.

⁸⁾ Levy Privatstrafe str. 17 násl., str. 139 násl., Betti Oblig, str. 189.

a máme o tom několik dokladů v pramenech. Římsí právníci vyjadřovali tuto myšlenku slovy „haec actio rei habet persecutionem“ a podobně, při čemž užívali slov „rei persecutionem“ přeneseně, neboť technický význam těchto slov byl, jak ukázáno, ten, že předmětem, účelem žaloby jest res, a ne poena. Bylo-li použito týchž slov k vyjádření náhradní „funkce“ žaloby „poenální“, bylo to použití přenesené a tím samo sebou se rozumí, výjimečné. Opravdu pak původních textů, obsahujících tuto frázi ve zmíněném přeneseném smyslu, jest nepatrně u srovnání s velikým počtem míst, kde fráze té jest užito v technickém smyslu, vylučujícím poenalitu. Rozhodně nevidím zásadního rozdílu mezi výrazy „rem tantum persequimur“ „ex contractu reique persecutione descendit“ a naproti tomu „rei persecutionem continet“, na kterém jest právě vybudována theorie Levyho o trestních žalobách s funkcí náhradní. Pouze ten, kdo vidí přirozenou konsekvenci deliktu v náhradě a uvažuje o ní v každém případě, musí operovati. aby pochopil system trestních žalob soukromých s myšlenkovou pomůckou actio poenalis s funkcí náhradní. Kam vede myšlenka tato ve své důsledné aplikaci, vidíme nejlépe na případě Levyho, který ve své tak duchaplné a přísné vědecké knize o náhradě škody a soukromém trestu dochází k tomu, že všechny actiones in factum vznikly jako poenales. Mají pak dokázati thesi tuto na jednotlivých actiones in factum, jichž klasická struktura přímo odporuje principu žalob poenálních, uchyluje se k tomu tvrzení, že to byla právě silně vyvinutá „funkce“ náhradní, která způsobila poněmáhle vymizení účinků poenalit u různých těch actiones in factum, což však prý nesmí nás zbavití pravého názoru na jejich trestní původ a povahu. Že jsou jednotlivě ty actiones in factum trestní s funkcí náhradní v klasickém právu vybaveny účinky žalob reipersecutorních, totiž passivním přechodem dědickým, ručením solidárním bez kumulace, ručením de peculio a j., jest dle autora jen dokumentem, jak silně byla citěna ona „funkce“ reipersekutorní; a naopak dovede autor využití zdánlivě bezvýznamných okolností, jako že právníci vůbec přetřásají otázku předmětu (utrum poenam continet an rei persecutionem D 13, 5, 18, 2), že teprve musí výslovně vyloučiti ten který poenální účinek, jako noxalitu (D 4, 9, 3, 3) ke konkluzi, že tyto reipersekutorní účinky se tu nerozuměly samy sebou, probíjely se poněmáhle k životu silou reipersekutorní „funkce“. Tak uvádí mezi „praetorské trestní žaloby“ tyto: actio de pecunia constituta (str. 17), actio recepticia (str. 29), actio iurisiurandi (str. 31), actio funeraria (str. 33), žaloby týkající se missio in possessionem ze správy věřitelovy (str. 38), actio subsidaria proti magistratu z jeho ručení ve správě poručenské (str. 41), žalobu proti magistratu z jeho opomenutí v řízení pro damnum infectum (45), actio Fabiana (69) a m. j.

Předpoklad Levyho jest naprosto nesprávný. Z žalob in factum jim uvedených ani jedna není klasickou pravovědou

značena jako poenalis, nebo jiným podobným výrazem. Předmětem jejich není poena, nýbrž res. Z účinků poenalitý neuskutečňoval se ani jediný, za to vyskytují se u nich všechny účinky žalob reipersecutorních. Tuto okolnost pak nelze odůvodňovati pouhou náhradní „funkcí“, která by poněmáhle byla způsobila odstranění trestních účinků a nahrazení jich účinky reipersekutorními, nýbrž důvod jest prostě tento: na tyto actiones in factum nebyl rozšířen pojem actio poenalis, právě proto, že nebyla pocífována jejich povaha trestní. Pravověda, vytvořivší pojem actio poenalis, se všemi jeho důsledky, na žalobách z civilních deliktů, rozšířila jej i na praetorské actiones in factum, ale pouze ty, které měly trestní povahu, ne ale na ty, jichž předmět byl pojímán jako res, o nichž platilo, že „rei persecutionem continet“. Jsem tudíž názoru, že shora uvedené actiones in factum jsou reipersekutorní, tedy opakem poenálních, a bylo-li by vůbec třeba vysvětlovati ony okolnosti, jimž Levy takovou váhu přikládá, (že totiž právníci o reipersecutorních účincích těchto žalob nemluví vždy s absolutní samozřejmostí) lze to vyložiti prostě tím, že bylo leckdy sporno, zda určitá actio in factum má za předmět res či poena.

Nevylučuji ovšem, že bylo římským právníkům někdy tanulo na mysli něco podobného, co moderní doktrina nazývá žalobou trestní s funkcí náhradní. Doklady takového myšlení jsou však nepatrné. Dva nebo tři texty, v nichž se odůvodňuje konkurence žaloby trestní s náhradní, přeneseným použitím fráze „rei habet persecutionem“, dále schema „poena et res“, pokud se dá odvoditi argumento a contr. z § 8., IV. knihy Gaiových Institucí. Naproti tomu ostatní tak četné zdánlivě doklady funkce náhradní jsou právě důkazem, jak zřídka se užívalo myšlenkové pomůcky žaloby trestní s funkcí náhradní. Neboť doklady tyto (ony četné formule „rei habet persecutionem“ a jiné variace její) buď vyjadřují pravý opak poenalitý, jak uvedeno v kapitole první, nebo jsou interpolovány, jak zastávají v nové době těž Perozzi a Albertario.⁹⁾ Jmenovitě pokud má formulace ta býti odůvodněním aktivního přechodu dědického, jest vždy, jak správně vytušili oba italsí romanisté, interpolována, a bude ještě ukázáno, že odůvodnění aktivního přechodu dědického bylo jiné a mnohem jednodušší.

Nejvážnější argument pro existenci trestních žalob s funkcí náhradní v právu klasickém jest ovšem v duchu vývoje žalob poenálních. Neboť útvar ten jest jedním článkem celého řetězu vývojového, který končil Justinianovou actio mixta. Viděli jsme však naproti tomu, že doba klasická nebyla ve vývoji tom ještě tak daleko, aby operovala s útvarem tím jako všeobecným pojmem.

⁹⁾ Srv. Perozzi Instituzioni II str. 64, pozn. 2, Albertario Bull. 1914 str. 98.

^{a)} Proti rezeznávání trestní „povahy“ a náhradní „funkce“ protestuje v nejnovejší době Bexler Beiträge IV 264, který uvádí různé vtipné argumenty. Práce té jsem ovšem neznal při sepisování své práce habilitační.

To náleží tedy patrně době poklasické. Ostatně nutno opět zdůraznit, že actio mixta vznikla asi přenesením typu actio tam rei qua poenae p. c. c., — který s žalobou poenální nemá co činiti, a který Gaius nám ilustruje žalobami, jež popíráním se zdvojnásobují — na ony žaloby poenální, vedle nichž se nepřipouštěl žádný právní prostředek reipersecutorni, a které snad v době poklasické byly pojímány jako žaloby trestní s funkcí náhradní.

7. Jaký jest vznik a dogmatický pojem tak zv. actio mixta? Punctum saliens pojmu actio mixta leží v předmětu žalobním: jím jest poena a res jako dvě veličiny reálně od sebe oddělené. Typem takové actio jest a vi bonorum raptorum, jejímž předmětem jest jednak poena triplii, jednak res, takže žaloba tato „ob id mixta est“. Stačí ovšem poukázati k tomu, že Gaius a jiní klasičtí právníci pojímali předmět této žaloby zcela jinak,¹⁰⁾ jako jednozrnou celkovou „poena quadrupli“, a nabudeme již z toho přesvědčení, že teprve kompilatoři nejen vytvořili pojem actio mixta, ale i bási pro konstrukci tohoto pojmu. Actio rerum amotarum pak jest jednou z nejtýpčtějších actiones mixtae, můžeme tudíž podle ní souditi i na ostatní. Dlužno ovšem dobře rozuměti tomu, jak kompilatoři utvořili bási pro pojem actio mixta. Oni použili v novém prostředí (v oblasti trestních žalob soukromých) klasické myšlenky, tvořící základ t. zvaných actiones quae infitendo crescunt in duplum, myšlenky, že v určitých žalobách jest předmětem odsouzení jednak litisaestimační summa („res“), jednak trest za procesní popírání (poena) jakožto veličiny od sebe oddělené. To aplikují kompilatoři na většinu soukromých trestních žalob, a to na ty, jichž trestní povaha stále víc a víc mizela z právního vědomí a jakožto hlavní účel jejich stále více byla zdůrazňovaná náhrada škody. Je-li předmět takové „náhradní“ žaloby z deliktu quadruplum nebo jiné multiplum, odrážejí z něho příslušnou část na účel náhradní (simplum), zbytku pak přisuzují účel trestní. Pak jest opravdu předmět žalobní smíšen ze dvou různorodých veličin, actio jest v pravém slova smyslu „mixta“.

Pojmem actio mixta, jeho postavením k právu klasickému a byzantskému, se dosud doktrína systematicky nezabývala. Třebaže indicíí pro domněnku byzantského původu tohoto pojmu bylo již dávno dosti, byl to teprve prvý Albertario,¹¹⁾ který bezvýhradně prohlásil, že nejen *termin* ale i *pojmem* actio mixta náleží právu Justinianovu. Ke konstrukci tohoto pojmu vedly podle Albertaria jednak dogma o natura actionis, jež nedovolovala považovati za actio poenalis žalobu, směřující k náhradě, nebo k náhradě a trestu, jednak ta okolnost, že v poeně vidí právo Justinianské obsaženo reálně i res, konečně ta novota práva Justinianova, že v některých případech je ponecháno žalovanému,

¹⁰⁾ Srv. Gaius III, 209, Ulpian D 47, 8, 4, 7.

¹¹⁾ Bull. 1914, str. 102 a násl.

aby vydal věc a tím ušel trestu. Pojmu actio mixta bylo pak dle Albertaria používáno k odůvodnění aktivního přechodu dědického, passivního přechodu dědického do míry obohacení, a vyloučení kumulace poeny. Tvrzení Albertariovo lze doplniti citáty ze scholii k Basilikám; jak známo totiž, různé novoty Justinianovy lze oceniti správně teprve na základě textů řeckých byzantských právníků, kteří s oblibou formulují tyto nové ideje v zásady.

První rozdíl mezi „actio poenalis“ (v už. sm.) a „actio mixta“ jest vysloven tímto byzantským dogmatem:

Κανόνα ἔχομεν καθολικόν, ὅτι αἱ μίξται ἀγωγαὶ κληρονόμοις μὲν δίδονται, αἱ δὲ ἀκρατοὶ οὔτε κληρονόμοις, οὔτε κατὰ κληρονόμων. (scholio k Bas. 60, 11, 1, 1 = D 47, 1, 1, 1). Na tento κανὼν καθολικὸς jako úplně vžitě a nesporné dogma, odvolává se na př. Hagiotheodorites ve svém scholiu k Bas. 60, 16, 6 (Heimbach V 553). Druhý rozdíl vyslovuje na př. Hagiotheodorites ve scholiu k Bas 60, 11, 1 (Heimbach V, 448) slovy: ταῖς μὲν ἀκράτοις οὐδ' ὄλωσ, ταῖς δὲ μικταῖς εἰς τὸ περιελθόν (κληρονόμοι ἐνέχονται). Třetí rozdíl ozývá se na př. ze scholia k Bas. 60, 13, 1, 19 = D 47, 4, 1, 19 (Heimbach V 545), kdež zodpovědní otázky solidárního ručení spolupachatelů ve smyslu kumulace odůvodňuje se tím, že actio jest „čistě“ trestní, že není „mixta“: Σημείωσαι καὶ ἐκ τούτου, ὅτι ποινὰ εἶναι. εἰ γὰρ ἡ μίξται οὐκ ἐνέλετο ἕκαστος εἰς τὸ διπλοῦν.

8. Actio mixta není leč subkategorií vyšší kategorie actiones poenales; chápeme tedy, že byzantští, systému milovní právníci, označují zvláštním jménem i zbylé actiones poenales, jež nejsou mixtae, takže proti kategorií μίξται povstává kategorie ἀκρατοὶ, ἀκράτως ποινάκια = actiones mere poenales, mera poena. (Srv. Bas. VII tit. VII, 1, 4, D 2, 3, 1, 4.)

Kriteriem třídění mezi actiones poenales (v už. smyslu) a actiones mixtae jest především ta okolnost, zda vedle té které actio poenalis (v šir. sm.) přísluší též žaloba reipersecutorní, čili nic. Tato okolnost se odráží na předmětu žaloby poenální (v šir. sm.), takže v prvém případě jeví se tento býti poena, v druhém případě poena et res, reálně od sebe oddělené. Toť pak druhé kriterium. Kriterium prvé jest v kontaktu s právem klasickým, kriterium druhé však nikoli. Kriterium prvé pro všechny případy žalob poenálních (v šir. sm.) nestačí; neboť nemá významu tam, kde delikt nedává zásadně vznikati materiální škodě, res, na př. při deliktech iniuria, si quis ius dicenti non obtemperavit, in ius vocatio patroni... sine permissu praetoris, způsobení smrti osoby svobodné podle edictu de his qui effuderint et deiecerint atd. Zde tudíž kriterium zmíněné diferenciace bylo výhradně v předmětu actionis; poena — poena et res.

Actiones poenales v už. smyslu jsou podle stavu právních sbírek Justinianových tyto: actio furti (I IV 6, 18, D 13, 1, 7, 1) a s ní související actio proti tomu „qui testamento liber esse iussus post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse

aut corrupisse quid dicetur" (D 47, 4, 1, 17), actio tigni iuncti (furtim) (D 47, 3, 2), actio iniuriarum (I IV, 12, 1), actio de albo corrupto (D 2, 1, 7), actio proti tomu, qui ius dicenti non obtemperavit (D 2, 3, 1, 4), actio proti tomu, kdo volal na soud patrona a j. osoby, k jejichž in ius vocatio jest zapotřebí svolení praetorova (D 2, 4, 24), actio proti tomu, kdo nepřijal od týchž osob jakéhokoliv vindexa (D 2, 6, 2), actio proti tomu, kdo „eum qui in ius vocabitur, vi eximat (D 2, 7, 6), actio de calumnia, nebyl-li postižený poskytovatelem majetkového prospěchu delinquentovi (D 3, 6, 7 pr.), actio podle edictu de effusis et deiectis v případech usmrcení osoby svobodné (pokuta 50 aureů), actio sepulcri violati (D 47, 12, 3), actio de posito et suspenso (J IV 5, 1).

Vypočítati jednotlivé actiones mixtae na základě právních sbírek Justinianových naráží na značné potíže. Neboť jednoduché první kriterium — okolnost, zda vedle poenalní žaloby přísluší též žaloba reipersecutorní — musí se aplikovati s kriteriem druhým, vycházejícím od předmětu žaloby. Actio legis Aquiliae není actio mixta pouze proto, že nepřipouští vedle sebe žaloby reipersecutorní, — kriterium prvé —, ale též proto, že její předmět pravidelně přesahuje pouhé odškodnění a ponechává místo i pro poenu — druhé kriterium (J IV, 6, 19). Máme však četné klasické actiones poenales, které vedle sebe nepřipouštějí žaloby reipersecutorní — kriterium prvé — při tom ale směřují ku „simplum“ t. j. quanti ea res est, quanti interest, takže má-li býti toto simplum absorbováno veličinou „res“, nezbývá místa i pro poenu, čili druhé kriterium; poena — poena et res, na ně nedá se aplikovati. Důsledně musili bychom počítati tyto actiones in simplum (v klasickém právu poenales) mezi actiones reipersecutoriae. Takové actiones jsou: actio proti tomu, kdo dolosně způsobil „quo minus quis in iudicio sistat“ (D 2, 10, 1, 4—6, 10, 3 eod.), actio podle edictu „argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edent adiecto die et consule“ (D 2, 13, 4 a násl.), actio doli (D 4, 3, 17 a j.), actio podle edictu „quod falso tutore auctore gestum esse dicatur“ (D 27, 6, 9), actio proti tomu, „cuius dolo malo deterior causa possessionis facta esse dicetur, (D 42, 5, 9), actio ex alienatione iudicii mutandi causa facta (D 4, 7, 4, 5 a násl.), actio proti soudci „qui litem suam fecit“ (J IV, 5, 1, D 5, 1, 15 a násl. D 50, 13, 6), actio proti mensoru „qui falsum modum dixerit“ (D 11, 6), actio proti tomu, kdo zabránil pohřbení mrtvého (D 11, 7, 9), actio podle edictu „si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur“ (25, 5, 1), actio Fabiana (D 38, 5).

Skutečně některé z těchto žalob staly se v právu Justinianově reipersecutorními. Pěkný důkaz takovéto přeměny máme v Digestech l. 4 § 5 de alienatione iudicii mutandi causa facta 4. 7, kde kompilatoři praví: haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet t. j. není penální (v šir. smyslu) tudíž ani mixta, nýbrž reipersecutorní.

V jiných případech Justinianští do těchto důsledků nešli; to platí především o actio doli a některých právě uvedených actiones, jejichž základ jest v dolo (Justinianští to vyjadřují na př. slovy „in dolum concipiuntur“ D 27, 6, 9, 1) na př. D 2, 10, — D 2, 13, — D 27, 6, — D 42, 5. Actio doli, ačkoli směřuje pouze k simplu, „quanti ea res est“ a při tom vylučuje vedle sebe reipersecutorní žalobu — resp. jest jí vylučována, — není právem Justinianským pojmána jako actio reipersecutoria, nýbrž jako mixta.

To jest na první pohled nedůslednost. Blíže analýze však ukazuje, že není nedůslednosti. Actio doli jest actio arbitraria; soudce, prve než vynese rozsudek, vydá arbitrium de restituendo, jehož neuposlechnutí má za následek, že žalobce může sám věc oceniti na základě přísahy oceňovací. Poněvadž toto subjektivní ocenění bude pravidelně vyšší, než pravidelné oceňování podle objektivních měřítek, zbude v kondemnační summě — a tudíž anticipando v předmětu žaloby — místo vedle náhrady škody, „res“, i pro poenu. Justinian, který dle Biondiho a Albertaria¹²⁾ jest původcem soudcova „arbitria de restituendo“ u actio doli a ostatních žalob trestních, [sporné!], jistě jest původcem — jak vystihl již Faber (Rationalia k D 4, 3, 18) — oceňování sporné věci u actio doli podle přísahy žalobcovy. Tímto způsobem byla zachráněna trestní povaha žaloby z „dolu“. Na tomto stanovisku trvají i právníci byzantští, jdou dokonce ještě dále; akcentují penalitu (arci v širším smyslu) žaloby z dolo, také tím, že místo starobylého výpočtu 4 soukromých deliktů: furtum, rapina, damnum iniuria datum, iniuria, podávají výpočet nový, v němž je umístěn i dolus, a to na prvním místě.

Jest tedy actio doli v právu Justinianském actio mixta a tatáž qualita byla analogicky vztahována i na jiné — shora uvedené — actiones in factum in simplum, „quae in dolum concipiuntur“, i když u nich nebylo tak zvaného arbitria de restituendo, ani přísahy oceňovací, trestu za neuposlechnutí příkazu restitučního.

Po těchto úvahách bude snadno vypočítati jednotlivé „actiones mixtae“. Jsou to kromě actio doli a žalob s dolem souvisejících, [D 2, 10, D 2, 13, D 27, 6, D 42, 5] tyto: actio de calumnia, poskytl-li postižený majet. prospěch delinquentovi (D 3, 6, 5, 1), actio quod metus causa (D 4, 2, 14, §§ 17, 11 a j.), actio contra nautas, caupones, stabularios, z furta, nebo damna iniuriae (D 4, 9, 7, D 47, 5), actio legis Aquiliae (J IV 6, 19), actio de effusis et deiectis in duplum (D 9, 3, 1), actio de servo corrupto (D 11, 3, 1, pr. 11, 3, 14, 5), actio podle edictu „quod publicanus eius publici nomine vi ademerit“ (D 39, 4, 5), actio rationibus distrahendis (D 27, 3, 2), actio vi bonorum raptorum

¹²⁾ Biondo Biondi: Studi sulle actiones arbitrariae e arbitrium iudicio. — Palermo 1913, Albertario Bull. 1914.

(J IV, 6, 19) a obdobná actio v případě damnum turba datum (D 47, 8, 4 a násl.) a actio de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata (D 47, 9, 1 a j.), pravděpodobně též actio Pauliana (D 42, 8, 10, 19) a některá interdikta.

Starobylé případy žalob, které směřovaly ex infortiione in duplum, t. j. in rem et in poenam, odpadly až na actio legis Aquiliae; místo případu legatu per damnationem máme v právu Justinianově podobnou žalobu z odkazu in duplum, t. j. in rem et poenam, jedná-li se o „relicta sacrosanctis ecclesiis et aliis venerabilibus locis“, tudíž zase actio mixta.

9. V dosavadním studiu svého tematu zabývali jsme se pojetím žalob penálních v právu klasickém a v právu Justinianuském. Všimněme si nyní dalšího právního vývoje. Jest přirozené, že jím jest další přibližování se modernímu právnímu stavu negace soukromé poeny a soukromého deliktu a nově, širší, pojetí náhrady škody. V tomto vývoji myšlenkovém učinili nový krok byzantští právníci.

Poslední žaloba, která třebaže dává vzniknouti materiální škodě, res, byla pojímána i v právu Justinianském za actio poenalis v užším smyslu, totiž actio furti, stává se v pojetí byzantských právníků actio mixta. Čistě penálními, ἀκράτως ποιναιαί zůstávají pouze actiones, které směřují k potrestání osobního, vzhledem k majetkovému stavu postiženého bezvýznamného příkoří. Toto nové pojetí našeho problému jest viděti ve scholiu k Bas. 60, 11, 1, 1 = D 47, 1, 1, 1 (Heimbach V 448). Toto scholio jest jedním z pokusů odůvodnití aktivní přechod dědický „čistě“ trestní žaloby z furta, uvéstí jej v soulad s byzantským κανὼν καθολικὸς o vyloučení každého přechodu dědického čistě trestních žalob. Naše rozluštění jest toto: *εἰ καὶ ἀκράτως ποιναιαία δοκεῖ ἢ περὶ κλοπῆς ὡς μόνην ἀπαιτοῦσα ποινὴν, ἀλλ' οὖν οὐκ ἔστι τοιαύτη ἀλλὰγε τῷ ἀκριβῶς σκοποῦντι καὶ αὐτῇ μίξται εἶναι δέξει ... ἢ γὰρ κλοπὴ μειοτικὴ ἐστὶ τῆς οὐσίας τοῦ κλαπέντος*

10. Viděli jsme, že kritérium třídění mezi actiones poenales (v už. smyslu) a actiones mixtae byla ta okolnost, zda vedle actio poenalis (v šir. smyslu) přísluší i actio reipersecutorní, čili nic. Dalším, z toho odvozeným kritériem bylo, zda předmětem té které actio jest čistá poena, či res a poena, *reálně od sebe oddělené*. Pozdní byzantští právníci, jak vidíme z cit. scholia a z četných jiných dokladů byzantských tvoří kritérium nové, širšího dosahu, než uvedená první dvě kritéria: actiones poenales jsou *pouze ty*, jež vycházejí z deliktů, *jimiž nebyl zmenšen majetek postiženého*, nýbrž stalo se jen ublížení osobní, immateriální, actiones mixtae jsou actiones z deliktů, *jimiž se způsobuje zmenšení majetku postiženého*, tudíž i actio furti. To jest ovšem již dalekosáhlé pošinutí kategorie actiones poenales a myslím, že již byzantští právníci byli by došli k úplnému popření kategorie actiones poenales a pojmu soukromé poeny, kdyby byli znali pojem náhrady škody immateriální.

III.

ZÁSADY, JEŽ SPOJOVALO PRÁVO ŘÍMSKÉ
S POJMEM ACTIONES POENALES.

Římským právníkům šlo především o praktické, životním poměrům odpovídající vypracování práva a proto právo, jež vybudovali, tak znamenitě se přizpůsobuje nejsložitějším poměrům života. Teprve v druhé řadě měli na mysli vybudování právní vědy formálně dokonalé, uzavřené a systematické, o abstraktní vědecké vypracování právních pojmů. Přes to však thema, kterým se zabýváme, ukazuje, že i zde, v abstraktním vědeckém myšlení, dospěli římské právníci hodně vysoko. Tak v oboru actiones vytvořili několik typických, formálně uzavřených kategorií. Mezi těmi zvláštního vypracování se dostalo kategorií actiones poenales. Základem vybudování jednotlivých znaků této kategorie není důvod vzniku actionis, delikt. Naproti tomu praetor ruku v ruce s pravovědou vytvořili pojem, který spojen jsa co nejúžeji s procesním životem, dal se aplikovati na právo praetorské i na právo civilní, sloužil za hlavní kritérium pojmu actiones poenales, ale též za základ vypracování vědeckého tohoto pojmu. Byla to klasická poena.

Zásady, jež vypracovali římské právníci ohledně klasických actiones poenales,¹⁾ jsou tyto:

I. vyloučení přechodu dědického na dědice pachatelovy, výjimečně pak i vyloučení přechodu dědického na dědice postiženého.

II. zásada o kumulativní zodpovědnosti osobní.

III. princip noxality.

IV. princip annality.

V. aplikace pojmu actio arbitraria.

¹⁾ Z literatury odkazují jednak na spisy citované v kap. I. pozn. 1), dále na tato vynikající díla systematická: Bonfante *Instituzioni* VI. ed. str. 108 násl., Perozzi *Instituzioni* II. str. 63 a j. Rabel, *Grundzüge des röm. Privatrechtes*, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, str. 456.

1. Ad I.:

Z pojmu poena, jež není náhradou škody, a která nemá ani účelu náhradního, naopak jest trestem pro pachatele, a zadostiučiněním nahrazujícím primitivní odvetu pro postiženého, vyplývá tak naprostá neoddělitelnost od osoby pachatelovy, že jen tento jí může býti postižen, že jeho smrtí *actio poenalis* zaniká. To vyjadřují jasně tyto texty:

Gai IV 112

Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere nec dari solere.

Ulp. 41 ad Sabinum D 47, 1, 1, pr.

Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores.

Gai 2 ad ed. prov. 50, 17, 111, § 1.

In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio.

Všecky tyto texty, k nimž jest připojití ještě I, IV, 12, 1 „non omnes... inveniatur“, obsahově — a skoro i doslovně — shodný s Gaiem IV, 112, texty vesměs zásadní důležitosti, jak vyplývá již z jejich umístění, vyjadřují jasně a bez výhrady jako hlavní zásadu žalob poenálních, že nepřecházejí na dědice pachatelovy, pokud nebyla ještě s tímto lis contestata. Po litiskontestaci s pachatelem tyto přecházejí na dědice, jak je výslovně potvrzeno v D 50, 17, 139, D 50, 17, 164, D 44, 7, 26 a D 44, 7, 26.

Z jiného hlediska prohlašuje výslovné a bezvýhradné vyloučení passivního přechodu dědického a zásadní, ovšem ne bezvýjimečný, aktivní přechod žalob poenálních Maecianus v IX. knize *fidieom.* D 35, 2, 32 pr. Podle Maeciana postavení všech žalob poenálních v pozůstalosti vinníkově jest za všech okolností jediné a totéž: neexistují již a nemají tudíž významu, pokud jde o zjištění pozůstalostního stavu majetkového, kdežto v pozůstalosti postiženého se započítávají, pokud nejde výjimečně o takovou žalobu, jež smrtí postiženého zaniká.

Z uvedených textů Gaiových, Ulpianova (D 47, 1, 1 pr.) a Maecianova (D 35, 2, 32 pr) vyplývá jasně, že *actiones poenales* nejsou passivně děditelné. Tato zásada jest také provedena u četných *actiones poenales* jasným „haec actio in heredem non datur, cum sit poenalis“, nebo obdobnou formulací. Případy této passivní neděditelnosti, jež lze odvoditi z výslovného znění pramenů, jsou tyto:

actio furti (Gai IV, 112, J IV, 12, 1, D 47, 1, 1 pr, D 47, 2, 41, 2), s ní související *actio* proti tomu, qui *testamento liber esse iussus post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicitur*, která jest stejně konstruována jako *actio furti* „ad similitudinem furti“ (sc. *actionis* D 47, 4, 1, 17), takže připouští vedle sebe *rei vindicaci*, společně s ní při-

sluší dědicům postiženého (1, 1, 18 cod.) a tedy nepřísluší proti dědicům pachatelovým, jak vyvozuje de Francisci též z mlčení pramenů o tomto problému (Studii 45).

actio adversus nautas, caupones et stabularios z *furta a damna iniuriae* (D 4, 9, 7, 6, D 44, 7, 5, 6, J IV, 5, 3).

actio arborum furtim caesarum (D 47, 7, 7, 6),

actio iniuriarum (Gai IV 112, J IV 12, 1, D 47, 10, 13, pr),

actio vi bonorum raptorum (Gai IV, 112, D 47, 8, 2, 27,

J IV 12, 1),

actio de damno in turba dato (D 47, 8, 4, 16),

actio de albo corrupto (D 2, 1, 7—9, u níž passivní neděditelnost jest tak samozřejmá, že není ani výslovně formulována),

actio adversus eum, qui ius dicenti non obtemperavit (D 2,

3, 1, 4),

actio proti tomu, kdo předvolal na soud patrona (neb jiné v ed. uv. osoby) bez povolení praetorova (D 2, 4, 24),

totéž se rozumí samo sebou u *actio* proti tomu, kdo od osob

právě uvedených nepřijal jakéhokoliv „*vindexa*“ (D 2, 6, 2),

actio proti tomu, kdo „eum, qui in ius vocabitur, vi eximat“ (D 2, 7, 5, 4),

actio podle edictu „*argentariae mensae exercitores rationem quae ad se pertinet edent adiecto die, et consule*“ D 2, 13, 13,²⁾

actio de effusis et deiectis ve všech případech D 9, 3, 5, 5,

actio de posito et suspenso (D 9, 3, 5, 13),

actio de alienatione iudicii mutandi causa facta (D 4, 7, 4, 6, 1, 5—7 eod.),

actio proti soudci, qui *litem suam fecerit* D 5, 1, 16 a fragmenty Strasburské *Fonies iuris rom.* antejust. Ricobono str. 635,

z kterýchžto míst vyplývá, že Julianovo mínění ohledně passivní děditelnosti této *actio* nebylo pravovědou přijato (srv. de Francisci Studii 60 a text *Basilik* „ὁ δὲ κληρονόμος αὐτοῦ οὐκ ἐνέχεται“: *absolutní negace passiv. přechodu dědického*),

actio servi corrupti D 11, 3, 13 pr,

actio proti mensoru, „qui *falsum modum dixerit*“ D 11, 6, 3, 5,

actio proti tomu, kdo zabránil pohřbení D 11, 7, 9,

actio rationibus distrahendis D 27, 3, 1, 23,

actio podle edictu „*quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*“ (D 27, 6, 9, 1),

iudicium de moribus (Cod. Theod. 3, 13, 1, — srv. de Francisci St. 53).³⁾

2. Tímto výpočtem, jak viděti, všechny klassické *actiones poenales* nejsou vyřízeny. Jest tudíž studovati podrobně problém

²⁾ Proti opácnému mínění Perniceovu (Labeo II, 2, 177) srov. de Francisci st. 40.

³⁾ Není rozhodnut náš problém výslovně u *actio sepulcri violati* D 47, 12. De Francisci vylučuje passivní přechod dědický (str. 54, 55), což je samozřejmě vzhledem k povaze žaloby.

passivního přechodu dědického u těchto případů. To jest předmětem další kapitoly.

2. Ad II.:

Tatáž neoddělitelnost trestu od osoby pachatelovy, z níž byla odvozena zásada o vyloučení passivního přechodu dědického trestních žalob, a která tímto typickým důsledkem znamenala pro poškozeného jisté minus, vede na jiném poli, totiž při řešení osobní a věcné konkurence v deliktu k jiným typickým důsledkům, které znamenají pro poškozeného plus. Poměry konkurenční lze rozdělit na několik kategorií, více méně příbuzných: osobní konkurenci, vzniklou tím, že několik osob spáchalo určitý delikt, nebo že jedna osoba spáchala delikt na více osobách, a žalobní konkurenci,⁴⁾ kdy z určitého činu vzniklo několik žalob trestních. Nás zajímá především případ první. Určité factum, tvořící skutkovou podstatu deliktu, dalo vzniknouti trestní žalobě poškozeného. Jaký má význam ta okolnost, že pachatelů jest více? A priori jest nepochybně, že ručí solidárně, ale i to jest nepochybně, že solidarita ta musí býti upravena zvláštním typickým způsobem vzhledem k odvetné povaze předmětu trestní žaloby. Neboť kdyby zaplacení, resp. litiskontestace trestního procesu se strany jednoho vinníka měla osvoboditi i ostatní, pak byli by ti beztrestní a tudíž odvetný účel trestu by tu neprojevil plně svých účinků. Tolik a priori. A nyní stejný princip vychází z několika nepochybných textů. — Tak případ spolupachatelství z deliktu *damnum iniuria datum* byl logicky rozřešen takto: *omnes teneri Julianus ait et si cum uno agatur, ceteri non liberantur, nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena (D 9, 2, 11, 2). Tudíž nejen zahájení procesu s jedním spoluvinníkem, ale i zaplacení trestu jedním, jest pro ostatní irrelevantní pro odvetnou povahu předmětu. Takto jest upravena osobní konkurence passivní u žaloby trestní, u které měřítkem trestu byla náhrada škody! Tím spíše platí totéž u žalob trestních, kde odvetný účel trestu ještě více vystupuje. Patří sem na příklad tyto případy:*

actio furti (D 47, 2, 21, 9... D 26, 7, 55, 1, arg. a contr, C 4, 8, 1, 1),

obdobná actio D 47, 4, 1, 19,

actio iniuriarum D 47, 10, 34, ; případ kumulativní zodpovědnosti více osobám, jedním deliktem postiženým, jest upraven v D 47, 10, 1, 9—l. 18, 2 eod. a l. 41 eod. Těž kumulativní ručení jednoho neb několika pachatelů za více deliktů, jest vysloveno v četných místech (D 9, 2, 27 pr, D 9, 2, 32, 1, D 11, 1, 20, pr., C 6, 2, 9).

Velmi důležité místo, které potvrzuje zásadu o kumulativní zodpovědnosti spolupachatelů v plném rozsahu jako zá-

⁴⁾ Levy: žalobní konkurenci v už. sm. (Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen röm. Recht. 1918, str. 13 a násl.

sadu všeobecnou, jest D 9, 4, 5, pr. Místo to týká se případu, že společný otrok dopustil se deliktu s vědomím všech svých pánů: každý z nich může z deliktu toho býti žalován „*de tracta noxae deditioe, quemadmodum, si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur*“. Poněvadž jde o více obligací z téže *causy*, měla by míti litiskontestace obvyklý konsumpční účinek, nemá však ho vzhledem k trestní povaze předmětu žalobního.

3. Ad III.:

Dopustila-li se deliktu osoba poddaná cizí moci — a to podle práva klasického buď *filius familias* nebo otrok, — vzniká z tohoto deliktu proti majiteli moci bez dalšího — bez ohledu k tomu, zda jím se obohatil čili nic — *actio noxalis*, majitel moci jest povinnen buď zaplatiti poenu nebo vydati delinquentu postiženému.

Toto dvojí, co se ponechává volbě majitele moci, jest cenným dokumentem pro vývoj obligace z deliktu: vydání pachatele jest totiž dokumentem starého režimu vydání obligata za účelem vykonání pomsty, zaplacení poeny representuje nový režim zákonné pokuty (Girard). *Actiones noxales* mají svůj původ dle Gaia v zákoně nebo ediktu (*constitae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris*), ale není pochyby, že v četných případech rozhoduje teprve pravověda o tom, zda ta která *actio* jest „*noxalis*“ či „*de peculio*“. Řídí se při tom dle zásady, že z deliktu poddaného zodpověden jest pán „*noxaliter*“, z práv. jednání „*de peculio*“.

Zásada tato jest vyslovena výslovně v těchto všeobecných textech.

Gai IV 75: *Ex maleficiis filiorum familias servorumque veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem suffere aut noxae dedere: erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisque damnosam esse.*

Totéž vyslovují Just. Instituce IV, 8 s tou důležitou odchylkou, že dávají vznikati t. zv. *actiones noxalae* jen ex *maleficiis servorum*, nikoli již ex *maleficiis filiorum*.

S Institucemi jest celkem shodná i Parafraze Theofilova v tomto místě. Brachylogus formuluje zásadu o noxalitě již zcela vysloveně takto:

Tit. XXVI: *De noxalibus actionibus* (str. 172. Böcking).

Ex maleficio autem filiorum familias in parentes nulla datur actio, sed ipsi suo nomine convenientur, ex servorum vero dantur actiones in dominos, quae noxales appellantur.

Jednotlivé texty, vyjadřující ručení majitele moci cum *noxae deditioe* za delikt poddaného, vztahují se na tyto *actiones*:

actio proti tomu, kdo eum, qui in ius voc. vi eximat (D 2, 7, 1, 1, *Pomponius scribit, servi quoque nomine noxale iudicium reddendum, nisi sciente domino id fecit.*),

actio proti tomu, kdo dolosně zabránil vadimonium sisti (D 2, 10, 1, 5 *Servi nomine ex hac causa noxali iudicio agendum omnes consentiunt Ulp.*),

actio quod metus causa (D 4, 2, 16, 1),

actio doli (D 4, 3, 9, 4 a *Haec de dolo actio noxalis sit. Ulp.*),

actio legis Aquiliae Gai IV, 75,

actio de effusis et deictis (D 9, 3, 1 pr.; *servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam aut noxae dedere, Ulp.*

actio servi corrupti (D 11, 3, 5, 4 si *servus servave fecisse dicetur, iudicium cum noxae reditur Ulp.*),

actio proti mensoru, který falsum modum dixerit (D 11, 6, 3, 6 *servi quoque nomine magis noxale quam de peculio competere ait, quamvis civilis actio de peculio competat. Ulp.*),

actio podle ediktu quod falso tutore auctore gestum esse dicatur (D 27, 6, 9, 1, ... *et adversus eas personas, quae alieno iuri subiectae sunt noxales erunt Ulp.*),

actio proti publicanovi D 39, 4, 1, 6,

actio furti (Gai IV 77, Inst. 8, pr, Pauli Sent. II 31, 7—9 *Servus qui furtum fecerit ... noxae dedi potest Filius fam. si furtum fecerit, deinde emancipetur, furti actio in eum datur, quia in omnibus noxa caput sequitur*),

actio arborum furtim caesarum (D 47, 7, 7, 5 *Sabinus ait competere noxale ut in ceteris maleficiis Ulp.*),

actio vi bonorum raptorum Gai IV, 75 — též filius — D 47, 8, 2 si *servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo.*

4. Ad IV. a V.:

Zásada annality vyskytuje se u většiny praetorských žalob trestní povahy. Není však v přímém poměru s poenality a bude tudíž o tomto problému jednáno od základů ve zvláštní kapitole. Rovněž do zvláštní kapitoly nutno položití pojednání o trestní actio arbitraria.

IV.

PROBLÉM PASSIVNÍHO PŘECHODU DĚDICKÉHO.

1. Vyskytují se v Digestech některé texty všeobecné povahy, které na rozdíl od zásadních textů, dříve citovaných — uvádějí zásadu, že na dědice nepřechází poena (celá), že však on jest zodpověden za delikt zůstavitelův do výše svého obohacení deliktem. Texty tyto jsou: D 50, 17, 38 (Pomp. 29 ad Sab.)

Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.

D 50, 17, 4, 4 (Ulp. 29 ad Ed.).

Totiens in heredem damus de eo quod ad eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti convenitur, non quotiens de suo.

Tutéž myšlenku pronáší Ulp. D 14, 4, 9, 2.

D 50, 17, 157, 2 Ulp. 71 ad Ed.

In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est unusquique pro ea parte, qua heres est.

D 50, 18, 127 Paul. 29 ad Ed.

Cum praetor in heredem dat actionem, quatenus ad eum pervenit, sufficit, si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti.

D 47, 7, 35 Paul. 1 ad Ed.

... honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus.

2. Skoro v současné době obrála se problémem passivního přechodu dědického, který skytají uvedené, na první pohled aspoň zdánlivě si odporující texty, jednak doktrína italská, reprezentovaná především de Franciscim a Albertariem, jednak doktrína německá, zastoupená Levym. Italská doktrína, a to platí především o Albertariovi, jest radikálnější. Podle Albertaria jsou veškeré fragmenty o zodpovědnosti dědicově do míry obohacení deliktem zůstavitelovým dílem kompilátorů. V tomto tvrzení jest Albertario důsledným a neváhá tudíž prohlásiti za interpolované i celé obsáhlé skupiny textů, jednajících o žalobě proti dědici

pachatelovu „in id quod pervenit“, jako v případě actio quod metus causa a actio dolii. Tyto interpolace uvádí Albertario v souvislosti s Justinianovou „actio mixta“. „Justinian, utvořiv kategorií actiones mixtae a zůživ proto klasický pojem poena, otevřel si cestu pro zavedení zodpovědnosti dědicovy v případech, ve kterých jí právo klasické nepřipouštělo... Actio mixta nepřechází proti dědicovi, pokud jest poenalis; nepřechází proti němu v příčině dobývání poeny, přechází však, pokud jest reipersecutoria, pokud směřuje k vydobytí věci (res), již byl žalobce deliktem zbaven.“¹⁾ De Francisci, který ještě před Albertariem vystoupil s novým učením, že actiones poenales jsou zásadně *passivně* nedělitelné, a že texty, jednající o přechodu žalob poenálních proti dědicovi jsou interpolovány, výjimečně připouští zodpovědnost dědice pachatelova do výše obohacení v těch případech, kdy praetor poskytoval zvláštní nepenální žalobu proti dědicovi jako v případech metu a dolu.²⁾

Naproti tomu Levy³⁾ a z italských romanistů Bettii⁴⁾ prohlašují za klasickou všeobecnou zásadu o ručení dědicově za delikt zůstavitelův do výše obohacení. Jak reagovaly na tuto zásadu, vytvořivši se od počátku principátu, actiones poenales? Levy uvažuje takto: Byly by zůstaly nedotčeny zcela, kdyby bylo bývalo použito kondikcí k provedení nového principu o omezené zodpovědnosti dědicově. To se nestalo hlavně proto, že nedalo se od soudce očekávat kladné zodpovědnosti intence „quidquid parat... dare facere oportere“ proti dědicovi namířené: to by bylo negací všeobecného předpisu práva civilního o vyloučení přechodu žalob penálních na dědice. Zbyla tudíž cesta přetvoření formulí původní actionis poenalis připojením omezujícího dodatku „quod ad eum pervenit“. Tak povstala actio in factum proti dědicovi (in factum ve významu „utilis“) formálně shodná s actio poenalis proti delinquentovi (až arci na omezující dodatek) materiálně však docela jiná: nepenální, perpetua, ne famosa, třebaže actio proti delinquentovi byla poenalis, annalis, famosa, tedy žaloba stejné povahy jako condictio ob turpem causam“. Tak dochází Levy k tomu, že není odporu mezi texty, hlásajícími, že actiones poenales nejsou *passivně* děditelné a texty, jež mluví o zodpovědnosti dědice pachatelova in id quod pervenit, a že není tudíž odůvodněna domněnka interpolace, pokud se týče posledních textů. Actio in factum proti dědicovi, povahou kondikce, „Bereicherungsklage“, jejímž účelem jest, aby v určitém případě bylo způsobené přesunutí majetkové vyrovnáno, jest sice formálně vybudována na žalobě proti pachatelovi, avšak vzhledem

¹⁾ Bull. 1914, str. 110, 111.

²⁾ Studii sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva str. 81 násl.

³⁾ Privatstrafe und Schadenersatz.

⁴⁾ Responsabilità ereditaria e responsabilità dell'erede in nome proprio o quale avente causa Rendiconti d. Istituto Lombardo 1916.

k neděditelnosti této vzniká *originálně* v osobě dědicově. Actio in factum *nahrazuje* actio poenalis proti pachateli, smrtí jeho zaniklou.⁵⁾

Rozhodně popírá Levy, že by původcem dědicova ručení „in id quod pervenit“ byl týž Justinian, který zavedl pojem „actio mixta“; kdyby byl Justinian nalezl již existující všeobecné ručení dědicovo do míry obohacení z deliktu zůstavitelova, byl by zajisté spíše veden svou ideou o actio mixta k tomu, aby zavedl ručení dědicovo do míry *celé* „res“ v poeně obsažené, než aby zaváděl ručení do míry pouhého obohacení; za to, nalezl-li již všeobecné ručení dědicovo in id quod pervenit, pochopitelně, že při něm setrval.⁶⁾⁷⁾

3. Správně postupovati ve studiu tohoto problému předpokládá vyjítí nikoli od textů všeobecné povahy, nýbrž od textů vztahujících se na jednotlivé případy ručení dědicova do míry obohacení deliktem zůstavitelovým. Tím získáme pevnou základnu pro pochopení cit. textů všeobecných.

4. Actio calumniae

D 3, 6, 5, pr (Ulp. 10 ed), in heredem autem competit in id quod ad eum pervenit, nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extingantur: ut puta ob falsum vel iudici ob gratiosam sententiam datum et extorquebitur et si quid aliud scelere quaesitum.

Místo to považuje italská doktrína za interpolováno.⁸⁾ Levy nepovažuje argumenty, jmenovitě Albertariovy, týkající se formálních chyb a nápadnosti textu, za postačitelé (constitutum — rescriptum v D 4, 2, 16, 2 — nápadností textové vysvětluje tím, že se asi jedná o citát z cis. reskriptu, vztahujícího se na právo trestní).⁹⁾ Zde zbývá se tedy rozhodnouti pro dvě eventuality: prohlásiti celý text, jmenovitě i první větu, za interpolovanou, neb rozhodnouti se pro Levyho „Bereicherungsklage“ proti dědicovi. Především nutno zjistiti, jaké změny provedli kompilatoři v celé materii naší actio. A tu již hned v textu edictovém (Ulp. 1, 1 pr. eod.) považují se všeobecně za interpolovaná poslední slova „actio competit“ nebo podle jiných „in factum actio competit“. Text klasický končil zajisté obvyklým „iudicium dabo“. To arci by byla změna pro naši otázku bezvýznamná. Za to velkého dosahu pro naši otázku byla by interpolace tvrzená

⁵⁾ Levy, Privatstrafe und Schadenersatz, str. 89 a násl.

⁶⁾ Levy, str. 88 a násl., str. 103 a násl.

⁷⁾ Názory Bettiiho jsou v mnohém shodné. Zodpovědnost majetková, přístupující k zodpovědnosti trestní, bývá dle něho realizována kondikcí furt. (na př. u actio vi bonorum raptorum, actio rer. amotarum), jindy trestní zodpovědnost zůstavitelova jest nahrazena majetkovou zodpovědností dědicovou ex persona propria do míry obohacení a k jejímu uplatnění slouží buď actio in factum speciálně příslibená (D 4, 2, 19, D 4, 3, 26), nebo actio z deliktu jako utilis „la medesima actio et delicto volta però a scopo divergente del suo proprio, come utilis (per analogia Proe. Paul. D 25, 3, 4)“ — str. 232.

⁸⁾ Albertario Z. Sav. St. 32, 319, de Francisci 75 a násl.

⁹⁾ Levy, str. 113.

Levy a domněle se vztahující slovo „*simpli*“. Levy ve slovech „*in factum*“ vidí označení pro svou nepenální „*Bereicherungsklage*“, kterou poskytovalo právo klasické při zániku původní žaloby penální smrtí delinquentovou neb někdy již uplynutím roku proti dědicovi, resp. též proti delinquentovi; v našem případě zanikala *actio poenalis* již po roce, pak ji nahrazovala „*actio in factum*“, stejná s onou, která šla i proti dědicovi. Ale tato *actio in factum* byla „*Bereicherungsklage*“ a proto nemohla směřovati k „*simplu*“, nýbrž pouze „*in id quod pervenit*“; slovo „*simpli*“ (in *factum actio comp.*) jest tudíž interpolováno, což ostatně odvozuje Levy i z formální nepřesnosti „*in quadruplum*“ — „*simpli*“ na místě očekávaného „*in simplum*“.¹⁰⁾

Tvrzení Levyho lze snadno vyvrátiti. Slova „*in factum*“ vztahují se na *actio calumniae* vůbec, znamenají totiž, co „*in factum concepta*“. V D 37, 15, 5, pr jest žaloba z kalumnie vzházející výslovně označena slovy „*in factum actio*“. Jest možno, že slova „*in factum*“ ve znění edictu nepřicházela (rozumí se sama sebou) a jsou tudíž glossemem nebo interpolací, ale věcně jsou zcela nezávadná. Ten pak, kdo připsal do Ulpianova textu „*in factum*“, z důvodů líbozvučnosti asi změnil předcházející „*in simplum*“ (které korrespondovalo s předchozím „*in quadruplum*“) v genitiv „*simpli*“, protože jistě nezněla by pěkně skupina „*in simplum in factum*“.

Směřovala tudíž *actio* z *calumniae* intra annum in quadruplum, post annum in simplum, v obou případech byla penální.

Zkoumejme nyní, lze-li souhlasiti po stránce věcné s Levyem, pokud dává postannální žalobě z kalumnie povahu žaloby z obohacení, „*Bereicherungsklage*“, jejíž funkcí jest „*Rückgängigmachung einer bestimmten Vermögensverschiebung*“. Nuže, takovou povahu by mohla snad míti naše žaloba nejvýš v tom případě, když byla osoba, aktivně k žalobě legitimovaná, poskytovatelem majetkového prospěchu calumniatorovi. Avšak právě v tomto případě podle l. 5, 1 eod. nemá postannální *actio de calumnia* vůbec místa, poněvadž postižený má kondikci.

Všimněme si nyní případu, kdy může býti vynesena postannální žaloba z kalumnie, t. j. případu, že někdo poskytl majetkový prospěch, aby kalumnia byla na jiném spáchána. Pro immoralitu, ležící již v poskytnutí majetkového prospěchu, jest poskytovatel z kondikce vyloučen. Rovněž ani postižený nemá kondikce (jednak sám ničeho neposkytl, jednak o kondikci vůbec se dá mluvití jen v případě, že „*sola turpitudinis accipientis versetur*“ (l. 5 § 1 eod., D 12, 5, 3). Poněvadž tedy jest kondikce vyloučena, přísluší postiženému zcela jistě i po roce *actio in factum*. Avšak jaká bude funkce postannální žaloby? *Nikoli zpětné vyrovnání přesunutí majetkového! Ale naopak, nové přesunutí majetkové ve prospěch osoby deliktem postižené (ne majet-*

kově poškozené), a to ve prospěch *postíženého samého*, nikoli v případě smrti jeho též jeho dědiců. *Actio calumniae* nepřechází totiž ani aktivně na dědice — l. 4 eod.¹¹⁾ Nuže — i když nehledíme k tomu, co již dříve jsme uvedli proti thesi Levyho, — postannální žaloba z kalumnie, jaká pak je to „*Bereicherungsklage*“, když nepřisluší ani dědicům postiženého? Nic není jasnějšího, právě naopak, než ryzí penální povaha této postannální žaloby. Nemá-li se pak dojíti k absurdnímu výsledku, totiž passivnímu přechodu dědicému žalob penálních, musíme zamítnouti každou analogii mezi postannální žalobou z kalumnie a mezi žalobou proti dědicovi, existuje-li vůbec. K tomuto výsledku došli jsme již na základě interpretace §u 5, nehledíce k otázce interpolace. K témuž dojdeme i tehdy, prohlásíme-li celý l. 5 — jmenovitě i 1 — za interpolovaný, jak činí již Faber *Rationalia* III, tit. VI ad 5 Ulp. str. 502 „*nec dubito quin totus hic & sit Tribiniani potius quam Ulpiani*“; po stránce formální dá se vytknouti místu tomu jistě mnoho. Pak bychom připustili jmenovitě postannální *actio* z kalumnie i vedle kondikce, z čehož by vyplynula ještě jasněji penální povaha její: „*ergo (condictio) neque tollet simplum, quia eadem minuendi aut non minuendi quadrupli, quae tollendi vel non tollendi simpli ratio est*“. Z toho vyplývá: *Sporné jest, připouštělo-li právo klasické postannální actio z kalumnie vedle kondikce; v kladném případě však nemůže býti nejmenší pochyby, že měla ryzí penální povahu, kdežto funkce, kterou Levy naznačuje slovy „Rückgängigmachung einer Vermögensverschiebung“ byla ve všech případech obstarána kondikci.*

Jest tedy nejvýš nesnadné zodpovědění otázky, jaká to byla žaloba, o níž se praví v D 3, 6, 5 pr „*in heredem autem competit in id quod eum pervenit*“. Jisto je přece, že proti dědicovi šla především kondikce. Obmezení onu záhadnou žalobu proti dědicovi na případy, že kondikce nemá místo (pro nemoralnost, ležící v poskytnutí samém), jest nemožno, neboť v tom případě taková žaloba neměla by ani povahy žaloby z obohacení ani povahy žaloby náhradní, nýbrž její předmět byl by poena. Žaloba z obohacení chce totiž dosíci dvojího, aby nespravedlivě obohacený vydal své obohacení, a to právě tomu, kdo na základě té cí oné iniusta causa byl ochuzen. Tato druhá podmínka však se nemůže zde uskutečnit, ježto aktivně k žalobě legitimovaný vůbec ochuzen nebyl. Tím méně lze mluvití o žalobě náhradní, ježto škoda mater. mu nevznikla. A tak při nejlepší

¹¹⁾ Rozumí se, že ani postannální *actio de cal.* nepřechází na dědice; dědic musí se spokojiti „*repetere eam pecuniam, quam defunctus dedit*“, t. j. kondikci. Kdyby byl Gaius (l. 4 eod.) se obmezil na negativní konstatování „*haec actio heredi non datur*“, dalo by se uvažovati o tom, vztahuje-li se to také na postannální *actio*; ježto ale Gaius neobmezuje se na „*heredi non datur*“, nýbrž výslovně pozitivně rozhoduje, že dědici přísluší pouze eventuelní kondikce, nic jiného, nemůže býti sporu o tom, že ani postannální žaloba na dědice aktivně nepřechází.

¹⁰⁾ Levy.

vůli nevidíme jiných možných případů pro žalobu proti dědicovi, než těch, jež jsou kryty kondikcí. Bylo by to patrně jen učením o actio mixta, jež rozhodlo o vložení věty „in heredem autem competit in id quod ad eum pervenit“; kompilatoři, kteří v otázce konkurence žaloby z calumnie s kondikcí rozhodli „sufficere alterutram actionem“ a kteří tuto žalobu považovali za actio mixta v případě, že postížený byl poskytovatelem, vložili, jaksi bezmyšlenkovitě do textu Ulpianova všem t. zv. mixtae actiones obligátní frázi „in heredem competit in id quod ad eum pervenit“. Vzhledem ku kondikci neměla tato věta praktického smyslu, což dokazuje hlavně okolnost, že v právu byzantském se již neuvykytuje. Basiliky 60, 1, 5 nepraví již „haec actio in heredem competit in id quod ad eum pervenit“, nýbrž všeobecně prohlašují, že dědic může být žalován do míry obohacení „ὁ δὲ κληρονόμος εἰς τὸ περιελθὸν ἐνέχεται“. Kterou žalobou, se nepraví, podává se však samo sebou, že kondikcí. A že tato domněnka jest pro právo byzantské správnou, odvozuji ze scholia, připojeného k odůvodnění cit. věty. Odůvodnění, obdobné s cit. místem v Digestech 3, 6, 5 pr., zní: τὰ γὰρ αἰσχρὰ κέρδη μεθοδεύονται οἱ κληρονόμοι, εἰ καὶ τὰ ἐκκλήματα σβέννυνται. A scholio ke slově „μεθοδεύονται“ zní: „διὰ τοῦ ὀβ τούρου“ (condictione ob turpem causam). Tudíž actio de calumnia proti dědicovi do míry obohacení není právu byzantskému známa. S čím to souvisí? Právo byzantské, jak již bylo ukázáno, došlo k novému a vyčerpávajícímu rozlišování mezi t. zv. „actiones mixtae“ a „actiones poenales“ v už. sm. Těžiště diferenciace bylo položeno do té okolnosti, zda se jedná o delikt, jímž bylo způsobeno zmenšení majetku osoby postížené, jímž „ἡ οὐσία ἐμειώθη, ὡς ἐπὶ τῆς κλοπῆς, τῆς βίας τοῦ Ἀκουιλίου, τοῦ φόβου, τῆς ἀρπαγῆς καὶ τῶν ὁμοίων“ (Scholio k Bas. 60, 11, 1 1 = D 47, 1, 1, 1). Ježto při deliktu calumnie, nebyl-li postížený poskytovatelem majet. prospěchu, majetek jeho nebyl zmenšen, takže actio jest „poenalis“ v pravém smyslu, byl-li pak sám postížený poskytovatelem, má k zpětnému vyrovnání tohoto zmenšení majetkového kondikci, došli správně byzantští k negaci obohacovací žaloby z calumnie proti dědici.

5. Actio quod metus causa.

Ulpianus libro undecimo ad edictum D 4, 2, 16, 2, — l. 20 eod. Haec actio heredi (ceterisque successoribus intp. Longo) datur, quoniam rei habet persecutionem, in heredem autem (et in ceteros intp. Longo) in id quod pervenit ad eos, datur non immerito: licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.

Quantum autem in heredem pervenerit, litis contestatae tempore spectabitur, si modo certum sit aliquid pervenisse. idem et si ipsius, qui vim intulit sic in corpus patrimonii pervenerit aliquid, ut certum sit ad heredem perventurum, id est si debitor liberatus est.

Gaius libro quarto ad edictum provinciale, l. 19 D eod. Quod autem in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum pervenerit, intellegendum est ad perpetuo dandam actionem pertinere.

Paulus libro primo quaestionum l. 17 D eod.

Videamus ergo, si heres, ad quem aliquid pervenerit, consumpsit, id quod pervenit, an desinat teneri, an vero sufficit semel pervenisse? et si consumpto eo decesserit, utrum adversus heredem eius omni modo competit actio, quoniam hereditariam suscepit obligationem, an non sit danda, quoniam ad secundum heredem nihil pervenit? et melius est omni modo competere in heredem heredis actionem: sufficit enim semel pervenisse ad proximum heredem, et perpetua actio esse coepit: alioquin dicendum erit nec ipsum, qui consumpsit quod ad eum pervenit, teneri.

Julianus libro saxagesimo quarto digestorum, l. 18 D eod.

Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiore dicemus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat, nam et imperator Titus Antonius Frontino de pretiis rerum hereditariarum rescriptis ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia licet res, quae in hereditate fuerant, apud eum non sint, tamen pretium earum quo, locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.

Bylo by přirozeno vyjítí při studiu pasivního přechodu dědického od textu základního, jímž jest nesporně l. 16, § 1. Tento však na první pohled prozrazuje zasáhnutí kompilatorů. Jak se všeobecně uznává, jest interpolováno při nejmenším celé odůvodnění od „licet enim...“ až po „ad compendium heredis non debet pertinere“. Myslím, že interpolace vztahuje se i na text předchozí. Především již celé pojednání o aktivním přechodu dědickém „haec actio heredi datur“ s podezřelým odůvodněním „quoniam rei habet persecutionem“ bych vyloučil z kontextu Ulpianova, poněvadž Ulpian již ve fragm. 14, § 2 dvakrát vyslovuje aktivní přechod žaloby a nelze mu přičítati trojí zbytečné opakování téže myšlenky o aktivním přechodu dědickém, — srovn. l. 14, 2 — myšlenky, která se konečně rozuměla sama sebou, takže na př. při actio dolí Ulpian se vůbec nezmiňuje o aktivním přechodu dědickém (srv. D 4, 3, 17). Rovněž interpolováno jest další „in heredem autem... datur“, neboť jest v rozporu s klasickým textem Gaiovým l. 19 D eod., z něhož vyplývá, že proconsul (resp. praetor), sliboval zvláštní, samostatnou žalobu proti dědici, takže původní actio quod metus causa in quadruplum resp. in simplum proti dědici nepřecházela. Tudíž zcela bezpečně o obsahu l. 16 § 1. nemůžeme říci nic více, než že se tam jednalo — jak vychází z dalšího textu Ulpianova l. 20 D eod. — o žalobě proti dědicovi in id quod pervenit, o níž vzhle-

dem k l. 19, můžeme právem tvrdit, že to nebyla *actio quod metus causa* („*haec actio*“), nýbrž zvláštní, praetorem přislíbená *actio* proti dědicovi.

Proti učení Levyho můžeme v našem případě (a rovněž — jak uvidíme — v případě dolí) říci toto: první podmínkou zodpovědnosti dědicovy do míry obohacení bylo, aby praetor slíbil zvláštní *actio* proti dědicovi. Proto také zodpovědnost ta nebyla všeobecná, nýbrž singularní, vztahující se jen na jednotlivé případy, kdy praetor přislíbil zvláštní *actio* proti dědicovi. Tato *actio* měla tedy svou formuli, nikoli formuli žaloby penální. To jest právě dosah interpolace věty *haec actio*, t. j. formálně táž *actio*, in heredem in id quod ad eum pervenit, datur.

To vystihl správně de Francisci,¹³⁾ jenže neprávem vztahuje větu „in heredem autem in id, quod pervenit ad eum datur“ na onu speciální žalobu proti dědicovi, praetorem zvlášť přislíbenou. Jest totiž jisto, že tuto frázi sluší doplnit subjektem „*haec actio*“ a jest neméně jisto, že „*haec actio*“ podle celého kontextu není nic jiného, než „*actio quod metus causa*“.¹⁴⁾

Jest nutno zabývat se nyní thesí Albertariovou. Jak ve své Notě Bull. 1914, tak v pojednání právě citovaném zastává Albertario, že *actio* proti dědici, kterou v případě metu praetor a prokonsul slibovali ve svých ediktech, byla *actio in factum* nepenální, in *simplum*, stejná jako *actio in factum* proti delinquentovi po roce (podobně jako v případě *deposita necessaria*, *interdicta unde vi*, *actio dolii*). Justinian zavedl u *actio q. m. c.* pasivní přechod na dědice do míry obohacení a současně restringoval nepenální *actio in factum* na vydání obohacení. Proč nezrušil vůbec *actio in factum* (klasickou) proti dědici, když přece zavedl pasivní přechod penální *actio quod metus causa* proti dědicovi do míry obohacení? Proto, poněvadž po roce nemůže již býti vznesena penální *actio quod metus causa*, nýbrž jen *actio in factum*.¹⁵⁾

Tudíž jsou podle Albertaria interpolovány všechny texty, jež mluví v našem případě o *actio* proti dědicovi „in id quod ad eum pervenit“.

Všimněme si nyní Albertariova důkazu interpolace.

Připustíme-li, — praví Albertario — že možnost vznesení penální *actionis quod metus causa* proti dědicovi do míry obohacení jest novotou, zavedenou Justinianem, musíme připustiti interpolaci celého fragm. 20., který právě jest komentem k penální *actio q. m. c.* proti dědicovi do míry obohacení.¹⁶⁾ Proti

¹²⁾ de Francisci (str. 85) a autoři tam citovaní.

¹³⁾ Str. 81 a násl.

¹⁴⁾ Srov. Albertario Responsabilità fino al limite dell' arricchimento nelle azione pretorie concesse in luogo delle azioni penali contro l'erede. R. Istituto Lombardo Rendiconti 1913 str. 462 násl.

¹⁵⁾ Rend. Ist. Lomb. str. 451.

¹⁶⁾ Str. 462.

tomu lze namítati: Jest sice pravda, že Justinian zavedl přechod žalob penálních, tudíž i naší, proti dědici do míry obohacení a v tom směru interpoloval l. 16, 1, D eod. Z toho však nevyplývá interpolace fragm. 20. Neboť připustíme-li, že v l. 16 § 2 se jednalo v původním znění o zvláštní, nepenální *actio*, již praetor poskytoval proti dědicovi do míry jeho obohacení (srv. l. 19) — interpolace by spočívala zde ve škrtnutí této zvláštní žaloby proti dědicovi a o zavedení přechodu původní penální žaloby ve stejné míře proti dědicovi, — pak jest l. 20 zcela harmonickým pokračováním původního textu l. 16, 1, jež kompilatoři neměli příčiny měniti, poněvadž neprozrazuje, vztahuje-li se na pův. penální žalobu proti dědici (právo Just.), či na zvláštní nepenální žalobu proti dědici (pr. klas.) Další argumenty Albertariovy jsou: text Julianův, uvedený v l. 18, vztahoval se původně podle Lenelovy Palingenese k lex Aelia Sentia, tedy k materii zcela jiné. Pokud se týče fr. 17, jednak jest nápadné, že pochází z Paulových Quaestiones, z nichž v naší materii Justinian nic jiného nepřevzal, jednak těžko si lze myslit, že by Paulus zcela ex abrupto mohl napsati „*Videamus ergo*, si heres, ad quem aliquid pervenit etc“, rovněž distinkce a subdistinkce, které se činí v tomto textu, prozrazují stylisací justiniánskou.

Tyto argumenty Albertariovy jsou jistě věcné, avšak i když připustíme částečnou interpolaci těchto textů l. 17, l. 18, přece zbývají další texty, l. 19, l. 20, jichž interpolace Albertario neprokázal. Tudíž tvrzení Albertariovo o klasické *actio in simplum* proti dědicovi nepokládám za prokázáno touto cestou. Avšak tvrzení tomu lze odporovati i jinak. Albertario *neprávem stotožňuje actio proti dědicovi s actio proti delinquentovi po roce*; *actio* proti dědici není penální, naproti tomu však, jak později ještě bude podrobně ukázáno, postannální *actio* proti delinquentovi jest penální. Právo klasické připouštělo jak v našem případě, tak i v případech kalumnie a rapiny proti delinquentovi penální žalobu *intra annum in quadruplum*, *post annum in simplum*; postannální *actio* byla zcela shodná s *actio intra annum*, stejné povahy, a šlo pravděpodobně v obou případech též o jedinou formuli proti delinquentu;¹⁷⁾ *actio post annum in simplum* byla právě tak *noxalis* a *poenalis* jako *actio intra annum in quadruplum*. Jest arci pravda, že v případě *doli* *actio poenalis* jest obmezena na rok, a po roce má místo *actio in factum* nepenální, obdobná žalobě proti dědicovi (srv. D 4, 3, 28). Avšak v případě *doli* jest situace jiná. Zde působení praetora i právníků neslo se svorně k tomu, aby penální *actio dolii* byla co možno nejvíce obmezena, mezi jiným byla tudíž obmezena i časově, důvod toho byla infamie spojená s odsouzením. Toho však u

¹⁷⁾ To odvozují z toho, že postannální žaloba nikdy není pojmenována jako *actio in factum*, nýbrž jest výslovně označena jako *actio quod metus causa* D 4, 2, 14, 2, jinde ve vztahu k annální žalobě jako „*eadem*“ *actio*.

četných žalob penálních, jdoucích intra annum in quadruplum (duplum), post annum in simplum, nebylo. Měla-li tudíž u takovýchto žalob býti nějakým způsobem realizována zodpovědnost dědiců, a při tom zásada o nepřecházení žalob penálních proti dědicům delinquentovým býti zachována, bylo to možno buďto propůjčením kondikce, (actio calumniae, actio vi boporum raptorum) anebo propůjčením zvláštní nepenální žaloby proti dědici, a to — in id quod ad eos pervenit. To jest stav práva klasického. Justinian podřídil penální actio quod metus causa novému typu „actio mixta“, jak bylo již ukázáno, pokud se týče předmětu žaloby. Jaký byl toho důsledek pro otázku pasivního přechodu dědicového? *Žaloba stala se tím pasivně převoditelnou proti dědici delinquentovu do míry jeho obohacení.* Důslednější typu „actio mixta“ bylo by snad bývalo, kdyby byl Justinian zavedl pasivní přechod této actio mixta do míry celé res v poeně obsažené, tedy in simplum (což je více než faktické obohacení dědicovo). Že Justinian zůstal při pouhém obohacení dědicově, vykládá Levy (str. 110) tím, že našel v klas. právu již existující zodpovědnost dědice pachatelova do té míry. Jádro této myšlenky jest správné, arci nutno ji přesně precisovati a doplniti. Formuloval bych celý problém takto: právo klasické znalo *speciální* případy, — na př. náš případ, — kdy praetor poskytoval proti dědici zvláštní žalobu do míry obohacení. Justinian rozšířil tyto speciální případy na všeobecnou zásadu o zodpovědnosti dědicové do míry obohacení, zrušil jednotlivé speciální actiones in factum proti dědici, poněvadž zavedl všeobecný pasivní přechod t. zv. actiones mixtae proti dědicům pachatelovým do míry jejich obohacení. Toto tvrzení vysvětlí lépe na základě studia problému pasivního přechodu dědicového u dalších penálních žalob. Pro náš speciální případ actionis quod metus causa můžeme ještě poukázati k jedné okolnosti, ilustrující, v čem spočívalo zásáhnutí kompilátorů. Srovnáme-li totiž klasický text Gaiův D 4, 2, 19, který nám sloužil za základ rekonstrukce režimu klasického, s příslušným místem Basilik, shledáme, že znění Digest, které anachronisticky mluví o slibu speciální actio proti dědici, nahrazeno jest v Basilikách formulací, odpovídající skutečnému stavu práva, „διηρηκώς ὁ κληρονόμος εἰς τὸ περιελθὸν ἐνέχεται“ (perpetuo heres in id quod pervenit tenetur), takže pak místo toho jest v úplné harmonii s místem zásadním, jednajícím o pasivním přechodu dědicovém „κληρονόμοι δὲ εἰς τὸ περιελθὸν ἐνέχονται“ (heredes autem in id quod pervenit, tenentur) (Bas 10, 2, 16, 2), kdežto pokud se týče Digest, shledali jsme odpor mezi textem Gaiovým l. 19 D eod. a mezi interpolovaným textem Ulpianovým l. 16, 1, in fine.

6. Actio doli.

Ulpianus libro undecimo ad Ed. D 4, 3, 17, 1.

Haec actio in heredem (et ceteros successores in partem Longo) datur dumtaxat de eo quod ad eos pervenit.

Gaius libro quarto ad ed. provinc. l. 26 D eod. l. 28 D eod.
In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, id est quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit.

Itaque si accepto lata sit tibi pecunia, omnimodo cum herede tuo agetur. at si res tibi tradita sit, si quidem mortuo te ea res extitit, agetur cum herede tuo, si minus, non agetur. sed utique in heredem perpetuo dabitur, quia non debet lucrari ex alieno damno, cui conveniens est, ut et in ipso qui dolo commiserit, in id quod locupletior esset perpetuo danda sit in factum actio.

Paulus libro undecimo ad ed. l. 27 D eod., l. 29 D eod.

dolove malo factum est quominus pervenerit.

Sabinus putat, calculi ratione potius quam malefici heredem conveniri, denique famosum non fieri: ideoque in perpetuum teneri oportere.

Abychom došli k správnému hodnocení uvedených textů, vyjdeme i zde, jako v případě předešlém, ne od textu zásadního D 4, 3, 17, 1 — který zcela odpovídá interpolovanému místu D 4, 2, 16, 2 — nýbrž od textu Gaiova D 4, 3, 26, který stylizicky i ideově úplně odpovídá textu Gaiovu v případě actionis quod metus causa D 4, 2, 19. Z něho odvozuujeme, že proconsul resp. praetor slibovali ve svých edictech proti pachatelovu dědici speciální, nepenální, časově neomezenou žalobu (actio in factum), která směřovala k vydání obohacení.¹⁶⁾ Tím považujeme Levyho „Bereicherungsklage“ proti dědici, vybudovanou na základě formule původní žaloby penální, za vyloučení i pro náš případ.

Levy tvrdí, že to byl právě jen onen dodatek, „quod ad eum pervenit“, který přidán byv k doslovnému znění formule původní actio poenalis, rázem ze žaloby penální učinil nepenální, kondikci, a představuje si, že tak se realizovala zodpovědnost dědice pachatelova.¹⁹⁾ Tuto konstrukci jsme vyloučili u actio calumniae z různých důvodů, u actio quod metus causa a actio doli pak vylučuje ji ze dvou analogických textů Gaiových, z nichž vyplývá, že základem zodpovědnosti dědice pachatelova byl speciální slib příslušné actio, tudíž i speciální formule. Avšak máme další argument, z něhož vyplývá, že actio proti dědici musila mít speciální formulí. Víme z l. 29 D eod., že tato actio nebyla již famosa; to mohlo býti formálně provedeno jen vypuštěním zmínky o dolo, jak vyplývá z l. 11 D eod. i. f.

Stanovisko Albertariovo k těmto textům jest obdobné jako v případě actionis quod metus causa: právo klasické prý poskytovalo proti dědici zvláštní, nepenální actio in factum, která byla perpetua a směřovala k simplu, stejně jako proti delinquentu

¹⁶⁾ Srov. de Francisci str. 82 a násl.

¹⁹⁾ Str. 97 a násl., 110 a násl.

samému po uplynutí roku, kdy penální nemohla býti již vznesena. Justinian zavedl pasivní přechod dědický u penální actio doli a to k dosažení toho, quod ad heredem pervenit. Při tom obmezil na míru obohacení i klasickou „actio in factum“ nepenální, kterou v l. 26 D eod. snaží se spojit s actio doli, interpoluje „eam actionem“, která však nadále se liší od actio doli tím, že jest perpetua.²⁰⁾

Jsou tedy citované texty interpolovány a jejich původní znění bylo by podle Albertaria rekonstruováno takto:

Ulp. libro XI ad ed.

Haec actio in heredem non datur.

Gaius libro IV ad ed. prov.

In heredem daturum se actionem proconsul pollicetur.

Itaque si accepto lata sit tibi pecunia, omnimodo cum herede tuo agetur, aut si res tradita sit, sed utique in heredem perpetuo dabitur, cui conveniens est, ut et in ipso, qui dolo commiserit, perpetuo danda sit in factum actio.

Paulus libro XI ad ed.

Sabinus putat, calculi ratione potius quam maleficii heredem conveniri, denique famosum non fieri: ideoque in perpetuum teneri oportere.

Souhlasím s Albertariem ohledně interpolace l. 17 § 1, ovšem spíše jen v negativním konstatování, že Ulpian *nenapsal* „haec actio in heredem et ceteros successores datur, dumtaxat de eo quod ad eos pervenit“ než též v pozitivní rekonstrukci „haec actio in heredem non datur“. Ulpian zde asi mluvil v neznámé nám formulaci²¹⁾ o žalobě proti dědicovi, speciálně přislíbené (ve smyslu Gaiově). Poněvadž tato actio in factum nebyla ani famosa ani annalis, rozumělo se samo sebou, že actio doli, (haec actio) in heredem non datur a sotva asi Ulpian výslovně vyjádřoval tuto samozřejmou větu. Na druhé straně myslím, že neprávem nepokládá de Francisci větu „haec actio in heredem datur dumtaxat de eo, quod ad eum pervenit“, za interpolovanou, interpretuje slova haec actio ve smyslu oné speciální actio in factum. Že „haec actio“ musí býti vykládána jako „actio doli“, jasně ukazují Basiliky, jak si všimnul Albertario, kdež formulace „haec actio“ je nahrazena výslovným *ἡ περὶ δόλου ἀγωγή*.

Justinian zavedl *děditelnost* actionis doli. To jest Albertariovi základem pro další bystrý postřeh, že totiž text Gaiův, mluvící o slibu actionis in factum proti dědici, byl přízpusobem kompilatory novým poměrům (děditelností penální actio doli) vložení slova „eam“ (sc. actionem), takže lze ve smyslu Justinianových Digest interpretovat slova „eam actionem“ (l. 26 D eod.) jako

²⁰⁾ Albertario cit. pojednání str. 460, 461.

²¹⁾ Svůj názor nacházím potvrzený v cit. pojednání Bettiho, který se ovšem pokouší o rekonstrukci klasické formulace cit. textu takto: haec actio in heredem (non) datur: (in factum tamen actio datur) dumtaxat de eo quod ad eum pervenit. — Rend. Ist. Lomb. 1916 str. 247.

„actionem doli“, „hanc actionem“. Proti tomu tvrzení vzniká ale ta námitka: proč nepřizpusobili kompilatori také Gaiův analogický text, o slibu actionis proti dědicovi v případě donucení (D 4, 2, 19) stejným novým poměrům (děditelností penální actio quod metus causa vložení slova „eam“ (sc. actionem)? Slova „actionem eam“ mají sice v kontextu Digest význam „doli actionem“, avšak v kontextu Gaiově mohla býti označením pro „actionem in factum proti dědici“.

Pokud se týče dalšího textu Gaiova (l. 28 D eod.), dokazuje Albertario tvrzenou jím interpolací tím, že celý případ se všemi distinkcemi jest tu zpracován na základě „Justinianské“ actio in id quod ad heredem pervenit. Ovšem tím o interpolaci nenabýváme ještě plného přesvědčení. Jde přece o to dokázat thesi (že Justinian zavedl zodpovědnost do míry obohacení) důkazem interpolace, a nikoli dokazovat interpolaci určitým tvrzením, jež právě má býti interpolací prokázáno.

V této souvislosti je třeba interpretovat další text týkající se dědického přechodu actionis doli, a to Ulpianův text l. 13 pr D eod. Heredibus tamen harum personarum, item adversus heredes de dolo actio erit danda. Item in causae cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario conveniatur, ego arbitror et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est, maxime si locupletior ex hoc factus est.

Správně pokládá Albertario za interpolována slova „item adversus heredes“ v první větě.

Ulpiano diceva che, se a determinate categorie di persone ... l'actio doli non poteva essere concessa contro determinate categorie di persone ... ai loro eredi non poteva essere negata. L'inciso „item adversus heredes“ nella asserzione ulpiana è un soprappiù ingombrante. Ingombrante anche per il ripetersi degli „item“. Se si toglie l'inciso interpolato, nessun ingombro, nessuna ripetizione.²²⁾ V dalším pak prohlašuje Albertario souhlasně s Perinicelem za interpolované tyto texty: „nisi forte nomine hereditario conveniatur“, „maxime si locupletior ex hoc factus est“.

Vývody Albertariovy jsou zcela správné. Jest jen otázka, jaký smysl mají slova „heredibus ... item adversus heredes“. Slovně vyjadřují sice případ přechodu dědického actionis doli, ve skutečnosti však znamenají, že actio doli, která nepřislušela postiženému nebo nemohla býti vznesena proti pachateli, originárně vzniká teprve v osobách jejich dědiců. Případ velmi zvláštní. Jest tedy dokázat interpolaci této konstrukce. Na štěstí můžeme důkaz ten provést a to poukazem na jiný analogický případ, náležející právu byzantskému. V materii „de actione rerum amotarum“ čteme (Paulus VII Sab D 25, 2, 6, 2) Si post divertium maritus decesserit, heres eius rerum amotarum iudicio uti potest. § 3. Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut conditionis nomine ex causa fur-

²²⁾ Albertario cit. pojednání str. 459.

tiva". Actio furti, jež proti osobě pachatelově nevznikla a nahrazena byla t. zv. actio rerum amotarum, nemůže zajisté originárně vzniknouti proti dědici, proti němuž lze uplatnití jak actio rerum amotarum, tak kondikci ex causa furtiva. Naproti tomu podle textu Basilík může proti dědicovi pachatelky býti uplatněna též actio furti, originárně vzniklá v jeho osobě. Bas 28, 11, 6, 3. Καὶ ὁ κληρονόμος τῆς γυναικὸς αὐτῆ τῆ ἀγωγῆ (actione rerum am.) ἐνάγεται, ὡς καὶ τῆ ἀγωγῆ τῆ ἀπαιτοσύνη τὸ διπλοῦν ὑπὲρ τοῦ κλαπέυτος πράγματος, καὶ τῶ ἀπαιτοῦντι (τὸ) κλαπέυ.

Tím je, myslím, jasně dokázána též interpolace stejné konstrukce v případě actio doli. V obou případech původní penální actio nemohla vzniknouti proti pachatelovi pro osobní překážky. Vzniká tudíž originárně teprve proti dědicovi — arcí teprve podle theorie práva byzantského. V právu klasickém takové konstrukce nenalézáme.

Jaký byl poměr mezi actio in factum proti dědicovi a actio proti delinquentu (post annum)? Rozhodně zcela jiný v našem případě, než v případech calumnie, metu a rapiny. V těchto případech postannální actio byla stejně jako annální actio penální (se všemi vlastnostmi každé actio poenalis). Naproti tomu v případě doli praetor za pomoci právovědy obmezoval přípustnost actionis doli jako penální žaloby vskutku na minimum. Jedním z prostředků obmezení takového byl „annus utilis“. Proto také původní formule actionis doli vztahovala se právě jen na annální actio, kdežto v případech výše uvedených (metu, calumnie, rapiny) formule actionis se vztahovala na actio intra annum i post annum. Zde tedy žaloba postannální neměla společné formule se žalobou annální, nýbrž měla patrně společnou formuli s actio proti dědicovi. To se asi stalo tak, že činností právovědy rozšířena byla formule actionis proti dědicovi (zvláště příslibená) i proti pachateli post annum. Tedy původně byla asi jediná actio proti delinquentu intra annum, actio doli, později praetori převzali do svých ediktů též actio in factum proti dědici, jež pak byla rozšířena i proti pachateli post annum.²³⁾

7. V souvislosti s actio doli zmiňujeme se o jiných actiones poenales, vzcházejících z různých skutkových podstat, jichž všech společné jest dolus delinquentův. Jsou to: actio proti tomu, „qui dolo malo fecisse dicetur quominus quis vadimonium sistat“, actio proti tomu, „qui dolo malo fecerit, quominus quis in possessionem sit“, a actio proti tomu, „cuius dolo malo deterior causa possessionis facta esse dicetur“. Že by byl praetor slíboval v těchto případech speciální actio proti dědicovi, z pramenů nevychází. Naopak ze stylisace jednotlivých textů, mluvících v těchto případech o zodpovědnosti dědicově do míry obohacení, vyplývá, že kompilatoři napodobují tu režim actionis doli — zodpovědnost

dědice pachatelova do míry obohacení — arcí podle svých zásad o děditelnosti žalob penálních do té míry. Dokonce nalézáme v kompilaci Justinianově stopy — arcí jen první stopy — dalšího rozšíření režimu actionis doli: totiž zavedení zodpovědnosti dědicovy do míry obohacení i v případě doli kontraktního. Je to § 1 J 4, 12“ aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit (cum testator dolore versatus sit, ad heredem eius nihil et eo dolo pervenerit);²⁴⁾ další stopy tendence representované v cit. místě institucí objevují se teprve v pozdním právu byzantském, u pozdních scholiastů, na př. Hagiotheodorita, a v Brachylogu, jak ukázal Rotondi.²⁵⁾ Dotyčné místo Brachylogu (Böcking) — III, 6, 3, — vztahuje se na dolus kontraktní („in hoc contractu [depositi] et in ceteris bonae fidei iudiciis“) a zní „est enim certissima iuris regula ex dolo defuncti heredes non teneri nisi in quantum ad eos pervenit“.

Zdá se, že v tomto proudu myšlenkovém jsou tři fáse: praetorská actio proti dědicovi do míry obohacení v případě doli, — právo klasické —, pak rozšíření takovéto omezené zodpovědnosti na jiné případy deliktu, jež vzcházejí z doli delinquentova, při čemž však tato zodpovědnost realizuje se ne speciální žalobou, nýbrž původní penální žalobou, přecházející pasivně proti dědicům do míry obohacení — právo Justinianské —, a rozšíření této zásady, nebo lépe řečeno, zúžení zodpovědnosti dědické na míru obohacení i v případě deliktu kontraktního — pozdní právo byzantské.

Rotondi, zabývá se ideou zodpovědnosti dědicovy do míry obohacení v případě doli kontraktního — podle našeho schématu třetí fáse — velmi správně vystihuje vývoj tímto: „Un' influenza più diretta sulla tendenza in esame ebbe la regola stessa dell' id quod pervenit“ nella sua formulazione normale o nella giustificazione generale che se ne dà.

I byzantini non si limitano a trovarne la ragion d'essere nel fatto obiettivo dell' indibito arricchimento in seguito a fatto il decito ma, amano formularla nel senso che non deve lérede „lucrare ex dolo defuncti. Nella compilazione giustiniana la formulazione più frequente, e più sicuramente interpolata, é appunto su questo tipo.“

Vraťme se nyní k uvedeným žalobám.

a) Pokud se týče první z nich (D 2, 10), praví se v 1. 1 § 6 D eod. o přechodu dědickém toto:

„Et heredi datur, sed non utra annum, adversus heredem autem hactenus puto dandam actionem, ut ex dolo defuncti heres non lucretur“. (Ulp. VII ed.)

²⁴⁾ Interp.: „cum testator... dolo pervenerit“ srov. Ferrini Studi sul. le fonti delle Istituzioni di Giustiniano Bull. 13, str. 200.

²⁵⁾ Ve spisu „Dolus ex delicto et dolus ex contractu“, Perugia 1913.

²³⁾ Poněkud jinak Lenel Ed. perp. 112.

De Francisci²⁶⁾ dokazuje interpolaci jednak byzantským obra-tem „hactemus, ut“, jednak tendencí Justinianskou zabránění ne-dovolenému, bezprávnému zisku, která jest tu jasně vyjádřena.

b) Ohledně druhé žaloby (D 43, 4) se praví o dědickém pře-chodu pasivním v 1. § 8 D eod. toto:

Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum com-petere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredem (similesque personas) dabitur nisi in id quod ad eas pervenit: sed heredi (similibusque personis) dabitur, nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa pos-sessionem adipisci, tunc actio et, perpetua est, et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare interdictum satisfactione oblata. (Ulp. LXXII eod.)

De Francisci²⁷⁾ dokazuje interpolaci první části textu úsud-kem a contrario z druhé části textu.

Interpolace tohoto textu vyplývá hlavně z indicí formálních. Celý § 8 jest rozdělen na dva díly; první díl pak zas se dělí: část prvá má mluvnický svou bási ve „sciendum est“, co pak následuje, působí dojmem dodatků, které nemůžeme si formálně vysvětliti jinak, než že byly připsány cizí rukou. Nemálo překva-puje též nic nevyjadřující a pro právníky nepochopitelné super-fluum „et non postea“. Myslím, že klasický text, byl-li koncipován gramaticky na základě „sciendum est“, byl jak věčně, tak mluv-nicky uzavřen a zněl asi takto: „hanc actionem excepta l. m. nec in heredem nec post annum dari sciendum est“ (po případě „hanc actionem excepta l. m. heredi quidem dari, sed non post annum nec in heredem sciendum est“).

(Že též nutno eliminovati dodatnou vložku „eum si poenalis“, o tom později ještě s jiného stanoviska.)

c) Pokud se týče konečně žaloby proti tomu, cuius dolo malo deterior facta esse dicitur causa possessionis (D 42, 5), praví se o pasivním přechodu této žaloby:

l. 9 § 8 D eod. „neque in heredes (ceterosque successores) dabitur, cum ex delicto oriatur, poenaeque nomine concipiatur“ (Ulpian 61 ed.). Kompilatoři připojují kratičkový výňatek z Paulovy 59. knihy k edictu „nisi quatenus ad eum pervenit“. Tudiž na první pohled nestejně mínění těchto právníků o otázce přechodu dědického, jediný případ svého druhu! Tento spor jest záhadným především proto, ježto v právu klasickém nebylo příčiny pro takovouto kontroverzí, ana otázka zodpovědnosti dědicovy do míry obohacení souvisela s tím jednoduchým factem, zda praetor slíbil ve svém edictu speciální actio proti dědicovi do míry obohacení, jako v případě metu a dolo čili nic. (Stopy tohoto režimu máme v glosse non esse pollicitum in heredem in id, quod ad eum pervenit, quia putarit sufficere conditionem l. 2 § 27 i. f. D 47, 8).

²⁶⁾ Str. 74.

²⁷⁾ Str. 77.

Spor takový byl možný spíše v právu byzantském, kde otázku přechodu dědického rozhodovala „natura actionis“.²⁸⁾

V právu klasickém ani v našem případě nebylo sporu. De Francisci²⁹⁾ správně soudí, že citovaný výňatek Paulův původně se nevztahoval na naši actio, ale na jinou materii, pravděpodobně na l. 14, § 1 eod.

8. Actio contra publicanum, qui vi ademerit. D 39, 4.

Paulus 52 ad ed. D 39, 4, 4 pr.

Si publicanus, qui vi ademerit, decesserit, Labeo ait in heredem eius, quo locupletior factus sit, dandam actionem.

V tomto případě jest nejisto, o jakou actio proti dědici se jedná; možná, že jde o kondikci. (srv. De Francisci Studii 79), možná, že jde o aktio in factum, speciálně přislíbenou proti dědici, (arg. „dandam actionem“, nepraví se obvyklé „hanc“ actionem.)

9. Actio vi bonorum raptorem D 47, 8, 2, 27.

O tom, že actio tato pasivně nepřechazela proti dědicům, byla již zmínka učiněna. Jedná se o sporné místo, v němž se jedná o tom, proč v tomto případě nemá místa actio in id quod ad heredem pervenit a odpověď zní: „quia (praetor) putavit sufficere conditionem“. Z místa tohoto zdá se vyplývatí všeobecný princip zodpovědnosti dědicovy do míry obohacení; tato zodpovědnost by se realizovala kondikcí, nebo actione in factum. Všeobecně a správně se soudí, že je-li řečeno „haec actio adversus heredes non dabitur, quia poenalis actio in eos non datur“, jest tím řečeno, „haec actio“ nepřechází proti dědicům ani „in id quod locupletiores facti sunt“. Proto také prohlašuje de Francisci³⁰⁾ celé místo „an tamen in id . . . conditionem“ za glossu, Albertario³¹⁾ za interpolaci. Betti³²⁾ pak snaží se zachrániti tento text touto rekonstrukcí „an tamen in id, quo locupletiores facti sunt, (in factum) (vel: utilis) (actio) dari debeat videamus etc.“

Pouze Levy³³⁾ považuje text za původní a pochybnost Ulpianovu odůvodňuje klasickou kontroverzí o tom, zda vůbec má zde místo kondikce. Myslím, že text není původním, pouze však v tom rozsahu, jak zastává Betti. Otázka přechodu dědického byla spornou pouze potud, přechází-li nebo nepřechází-li actio proti dědici. Bylo-li rozhodnuto, že actio jest pojmenově penální, bylo rozhodnuto, že nepřechází pasivně na dědice. Mohlo se pak jednati nejvýše o actio in factum proti dědici do míry obohacení, jestliže praetor poskytoval takovouto zvláštní

²⁸⁾ O této zajímavé ideji srov. Longova pojednání ve „Studi in onore di V. Scialoja“ I 615 a Bull. XVII 46.

²⁹⁾ Str. 78.

³⁰⁾ Str. 58.

³¹⁾ Bull. 1914, str. 111.

³²⁾ Reud. Ist. Lomb. 1916, str. 247.

³³⁾ Privatstrafe, str. 101.

žalobu. Zde však nemohlo dojít k vědecké kontroverzi, ježto všecko záleželo od praetorova slibu oné actio in factum, což jest viděti i z našeho případu „et ego puto ideo praetorum non esse pollicitum in heredes in id quod ad eos pervenit...“

K této poslední větě, o jejíž klasickém původu, myslím, nelze pochybovati (*praetorem non esse pollicitum actionem*) dobře přiléhá předcházející věta v rekonstrukci Bettiho.

Zvláštním případem actio vi bonorum raptorum jest actio in quadruplum (post annum in simplum) proti tomu, „qui ex incendio, ruina naufragio, rate, nave expugnate quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicetur“ (D 47, 9, 1). Proto bychom i zde očekávali vyloučení pasivního přechodu dědického. Odporující tomu větu „in heredem eatemus dandae sunt quatenus ad eos pervenit“ nutno tedy považovati za interpolovanou, jak činí de Francisci³⁴⁾.

10. Actio legis Aquiliae.

Texty, vztahující se na pasivní přechod této actio, jsou:

Gai IV. 112.: Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae.

D 50, 17, 111, 1, Gai II. ad ed. prov.

In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio veluti furti, damni iniuriae, vi bonorum raptorum, iniuriarum.

Inst. IV, 12, 1 (= Gai IV 112)

D 9, 2, 23, 8, Ulpianus XVIII ed.

Hanc actionem et heredi (ceterisque successoribus — intp. Longo) dari constat: sed in heredem (vel ceteros — intp. L.) haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.

Nesouhlas mezi prvními třemi texty a textem posledním jest na první pohled viděti. Nic není tudíž tak na snadě, jako ten úsudek, že divergující doložka „nisi forte ex damno locupletior heres factus sit“ je interpolována. Skutečně také v našem případě souhlasí jak de Francisci a Albertario tak Levy³⁵⁾ v tom, že text Ulpianův neobsahoval této doložky. To dokázal velmi šťastně de Francisci³⁶⁾ poukazuje k tomu, že text Ulpianův se vztahoval k první kapitole zákona Aquilia a tu prakticky nebylo ani možno, aby vzniklo obohacení dědicovo z deliktu; byzantští uvádějí prakticky takový případ žaloby z obohacení (Bas. 60, 3, 21, 8, scholío 2.) avšak skutková podstata, kterou uvádějí, je mimo obor zákona Aquilia a spadá do oboru furta, příklad jest vzat z materie conditionis furtivae (D 13, 1, 14, 2). Dále poukazuje též autor k tomu, že dědický přechod jest byzantskými právníky ideově

³⁴⁾ Str. 73.

³⁵⁾ Srov. na př. Levy Privatstrafe, str. 112.

³⁶⁾ Str. 75.

spojen s povahou naší actio jako actio mixta, jak vychází ze scholia k Bas. 60, 3, 21, 8 HB. V 285 σημειώσαι, ότι ό 'Αζονίλιος κληρονόμοις μὲν δίδονται, κατὰ κληρονόμων δὲ οὐδαμῶς, εἰ μὴ εἰς τὸ περιελθόν κατὰ τὴν φύσιν τῶν ἄλλων μίξται ἀργῶν.

Záhadným arci jest to, že na jedné straně Justinianští zavádějí přechod naší actio, „in id quod ad heredem pervenit“, na druhé straně však sami, a po nich i byzantští právníci, prohlašují, že actio jest „poenalis“, a tudíž na dědice nepřechází. Stačí upozorniti kromě cit. místa Institucí IV, 12, & 1 k stejnému místu Parafraze Theofilovy (Ferrini II): ἐστὶ γὰς σαφέστατος κανὼν ὁ λέγων τὰς ἐξ ἀμαρτημάτων poenalias μὴ δίδοσθαι κληρονόμων, οἷον furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, aquiliu.

Podobně Inst. IV, 3, 9:

Qua ratione creditum est poenalem esse huius legis actionem. quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris: ideoque constat in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis aestimaretur.

Analogický jest i text Parafraze Theofilovy.

Je tedy dokladů dosti, že actio legis Aquiliae jest actio poenalis v právu klasickém i Justinianském. Důsledek toho musí býti absolutní vyloučení pasivního přechodu dědického právě tak, jako na druhé straně v případě spolupachatelství solidární kumulativní ručení všech. (srov. D 9, 2, 11, 2). S čím tedy ideově spojití zmíněnou zodpovědnost dědiců do míry obohacení? S tím snad, že naše actio — jak se vyjadřují prameny Justinianské — rei persecutionem continet? Naprosto nikoliv. Dejme tomu, že funkcí naší actio byla v určitém vývojovém stadiu náhrada škody, res. Tu by bylo logickým jednak, že vzhledem k této funkci žaloba bude přecházeti pasivně na dědice, jednak že prestace jednoho spolupachatele osvobodí ostatní. Ani jedno, ani druhé však neplatí v právu římském. Pachatel jest povinnen nahraditi škodu, vydání obohacení jest bezvýznamné; dědic jeho není povinnen nahraditi škody, musí vydati obohacení. Není-liž právě doložka „nisi forte ex damno locupletior heres factus sit“ dokladem, že předmět — ne jenom účel — actionis legis Aquiliae jest za všech okolností poena? Tato poena musela býti určena číselně, a tudíž rozumně nemohla ani jinak býti určena než cenou věci, (pozd. interessem), ale jako poškozování bezprávné bylo delikt, tak zadostiučnění (ve vnější podobě náhrady) byl trest. Tyto zásady byly tak vžitě, že i Justinianští formálně na nich trvají. Ovšem nemají porozumění pro klasický pojem poena a vidí v předmětu actionis 1. Aquiliae především náhradu škody, res, a teprve v tom, že kondemnační summa přesahuje „res“, vidí poenu. Actio jest mixta. Logickým by bylo, kdyby byzantští byli zavedli pasivní přechod dědický do míry této res — tím spíše, když za jiných okolností — jedná-li se o realizování zodpovědnosti proti delinquentovi, proti němuž nemůže býti vnesena

actio poenalis, na př. proti manželu nebo manželce za trvání manželství — dovedou učiniti z actio poenalis-mixta žalobu reipersecutorní, poskytující ji in simplum. Že tak neučinili, vysvětluje se tím, že se podali jinému proudu myšlenkovému, jehož první počátky jsou v právu klasickém, a jenž — jmenovitě ve vztahu k veřejným deliktům — se vyvinul v zásadu, že dědici má býti odňat zisk z deliktu. Tuto zásadu aplikovali Justinianští — pojmově nesprávně — na své actiones mixtae; arci bylo to pro ně pohodlnější, ježto našli singulární případy obmezené zodpovědnosti dědické již v právu klasickém, stačilo jen rozšířit ty případy a ideově obsáhnout: toto arci nemělo se státi ideou actio mixta, ježto ta nemá nic společného s ideou, že dědici pachatelova má býti odňat nedovolený zisk. Výborně vystihl to Levy řka, že právě „die Erbenhaftung auf das „quod ad eos pervenit“ die Idee der actio mixta desavouiert“.³⁷⁾ Logicky by měli byzantští právníci, kdyby byli se drželi jedné ideje, totiž odněti nedovoleného zisku dědici, a realizující ji, kdyby byli rozšířili singulární případy klasické zodpovědnosti dědice pachatelova a použili k tomu actio in factum resp. kondikce — nebo kdyby vyšli od zásady actio mixta a aplikující ji na dědický předchod byli zavedli *děditelnost* takové actio mixta do míry „res“, in simplum. Místo toho však použili kompromissu, shrnuli dvě ideje nesouvislé a není divu, že theorie, kterou tak utvořili, byla v mnohých bodech vadná. Tak vidíme, že případu legis Aquiliae obmezené ručení dědicovo do míry obohacení jednak jest pojmově nemožné (actio legis Aquiliae předpokládá bezprávné poškození, ne bezprávné obohacení a směřuje k zadostiučinění pro poškození, ne k vrácení obohacení), jednak naprosto nesouvisí s kvalitou této actio jakožto actio mixta.

11. Vraťme se nyní k cit. již textům Digest, jež mluví *všeobecně* o zodpovědnosti dědice pachatelova do míry obohacení. Stačí několik slov.

Text Paulův 20 ad Ed. D 50, 17, 127 zcela se shoduje s tím, co jsme sledovali analýs speciálních míst; vztahuje se na ty případy, kdy praetor poskytoval proti dědicovi zvláštní actio in id quod pervenit.³⁸⁾

Dosah již všeobecnější má text Pomponiův 29 ad Sabinum D 50, 17, 38, a jest tedy asi interpolován. Upomíná, jak si všiml Albertario,³⁹⁾ na Justinianskou motivaci v D 3, 6, 5, nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur a v D 4, 2, 16, 2 licet... pertinere, textů zcela jistě interpolovaných. Ve své všeobecnosti pak neodpovídá právu klasickému. Ovšem jedině to dalo by se říci pro

³⁷⁾ Privatstrafe, str. 110.

³⁸⁾ Srov. de Francisci str. 16, opačného názoru je Albertario Bull. 1914, str. 123.

³⁹⁾ Bull. 1914, str. 121.

původnost textu, že tu šlo o heslo, jehož praktický dosah nebyl valný. Totéž dá se na př. říci o zásadě annality praetor. penálních žalob, jež vyslovena Cassiem jako heslo, ale jejíž praktický dosah jest velice skrovný.

Ulpianův text (29 Ed D 50, 17, 44) vztahoval se k actio tributoria D 14, 4, 9, 2 (Srov. Lenel, Paling. Ulpian 847). Z toho vyplývá, že dolus, o kterém se mluví v tomto všeobecném textu, jest dolus z poměru kontraktního. V poměrech kontraktních však jest zodpověden dědic právě tak, jako zůstavitel, ne pouze do míry svého obohacení, i když se jedná o dolus zůstavitelův.⁴⁰⁾ Byzantští právníci zavádějí zodpovědnost za dolus zůstavitelův do míry obohacení dědicova i v poměrech kontraktních.⁴¹⁾ Tudíž není pochyby, že zásada „totiens enim in heredem damus de eo quod eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti convenitur, non, quotiens ex suo“ jest dílem kompilátorů.⁴²⁾

Text Ulpianův 71 ad ed. D 50, 17, 157, 2, se vztahuje na interdictum de precario.⁴³⁾ Albertario soudí, že původní text obsahoval pouze „in contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, in solidum tenentur“, neboť i předcházející slova, týkající se interdicta de precario, obmezovala se prý na „Hoc interdicto heres eius, qui precario rogavit, tenetur.“ Naproti tomu Betti⁴⁴⁾ rekonstruuje text takto: in contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non in id tantum quod pervenit (verum etiam intp.) (sed Ulp.) in solidum tenentur etc.

Znamé místo Paulovo-Cassiovo . . . Paul. 1. ad ed D 44, 7, 35, obsahuje závadnou doložku „ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus“; souhlasím s tvrzením Albertariovým, že doložka tato jest interpolována.⁴⁵⁾

⁴⁰⁾ Srov. Rotondi Dolus ex contractu et dolus ex delicto, Perugia 1913. Albertario Rend. Ist. Lomb 1916, str. 345.

⁴¹⁾ Srov. J IV 12, 1 a četná byzantská scholia, uvedená v cit. práci Rotondiho.

⁴²⁾ Pro zajímavost a úplnost uvádím i rekonstrukci Bettiho: „totiens enim in heredem datur actio de eo, quod ad eum pervenit, quotiens ex delicto defuncti convenitur, non quotiens ex contractu“. A jak se tato zásada dostala do souvislosti s actio tributoria? Podle Bettiho Ulpian odůvodňoval ji větou: haec actio (sc. tributoria) et perpetuo, et in heredem datur „non“ (Ulp.) de eo dumtaxat, quod ad eum pervenit, „sed in solidum“ (Ulp.). — Rend. Ist. Lomb. 1916, str. 245. Srov. též Levy str. 91, pozn. 1, de Francisci str. 15.

⁴³⁾ Srov. Lenel Paling Ulp. 1610, de Francisci 15, Albertario Bull. 1914, str. 122.

⁴⁴⁾ Rend. Ist. Lomb. 1916, str. 239.

⁴⁵⁾ Rend. Ist. Lomb. 1913, str. 450 a násl., Z. Sav. St. 1911, Bull. 1914, str. 116. — „ut“ — „extorquere“ ve významu cizím klasickému právu, — interdictum unde vi uvedeno mezi actiones honorariae (poenales); srov. též de Francisci 16 a Levy 112/7. Srv. dále Rend. Ist. Lomb. 1913, str. 298 a násl., kde Albertario dokazuje, že actio in factum, poskytovaná praetorem po roce na místo interdicta, nebyla obmezena na pouhé vydání zisku, a že stejně neobmezená byla zodpovědnost dědicova co do actio in factum, proti němu udělené. Tím dokazuje i věcně interpolaci D 44, 7, 35.

Konečně ani konstituce Diokletianovy, obsažené v Hermog. Visig. II, 1 z r. 293, a C. 4, 17, 1 z r. 294 nejsou v odporu s tím, co uvedeno o pass. přechodu dědic. Je to první doklad generalisování v ručení in id quod pervenit, první doklad generalisování terminů delictum a actiones poenales. Albertario⁴⁶⁾ dokazuje, že obě konstituce byly změněny v době pozdějšího vydání Codexu Hermogenianova u příležitosti publikace sedmi konstitucí Valentinianových z let 364, 365. Původní text konstitucí zněl dle Albertaria takto:

Aut litem contestatam defuncto, qui ex proprio delicto conveniri potuit, successores non posse poenali actione conveniri, certissimi iuris est. (Herm. Vis. 2, 1) Post litis contestationem eo qui vim fecit vel concussionem intulit vel aliquid deliquit, defuncto successores eius in solidum conveniri iuris absolutissimi est (C 4, 17, 1).

12. Konkluze dosavadních pozorování pro právo byzantské: *Byzantští vyslovují heslo, že dědicové mohou být žalováni τὰς μὲν ἀκράτοις οὐδ' ὄλωσ, τὰς δὲ μικταῖς εἰς τὸ περιελθόν.* (Hagio-theodorites, Heimbach V 448, Bas 60, 11, 1.)

Tato zásada jest provedena u četných actiones mixtae. Než provedení to není všude stejně zdařilé. Viděli jsme, že v případě actio legis Aquiliae, jest pojmově nemožné. Stejně nemožné jest v případě actio calumniae, takže byzantští dokonce od zásady té upouštějí a uchylují se výlučně ke kondikci.

Jsou však v právu byzantském actiones mixtae, jež ani formálně nepřecházejí na dědice in quod pervenit, nýbrž jsou absolutně pasivně neděditelný a jeví se u nich qualita t. zvané actio mixta pouze v aktivním přechodu dědicím, na př.

actio servi corrupti Bas, 60, 6. *Ἡ περὶ ὑποφθορᾶς δούλου ἀγωγὴ κληρονόμοις ἀρμόζει, οὐ μὴν κατὰ κληρονόμων* a ve scholiích se praví dále, že žaloba přísluší dědicím *ὡς καὶ πᾶσαι ἄλλαι μίξται*, že však nepřisluší *proti* dědicím vinníkovým *ὡς ποινάλια*.

actio proti mensoru, qui falsum modum dixerit.

D 11, 6, 3, 5.

Scholio Hagiotheodoritovo. Heimbach V 418 *Ὅρα καὶ ταύτην τὴν ἀγωγὴν διπλὴν. μετὰ καὶ αὐτοῦ γὰρ τοῦ πράγματος ἀπαιτεῖ τὸ διπλοῦν, καὶ ὅτινι διαφέρει, ἀρμόζει. διὰ τοῦν τὸ εἶναι μίκτην δίδεται κληρονόμοις, οὐ μὴν καὶ κατὰ κληρονόμων.*

(*Observa et hanc actionem duplicem esse: nam eum ipsa re duplum persequitur et competit ei, eius interest. Cum mixta sit, datur heredibus, non extra heredes.*)

Ale ještě více překvapuje nás pokračování tohoto scholia *διὰ τοῦ γίνεται καὶ ἐπὶ τῆς μέτους καῦσα καὶ ἐπὶ τῆ βὶ βορόρου ραπτόρου* (quod et in actione metus causa est et in actione vi bonorum raptorum).

Víme přece, že actio quod metus causa připouštěla již za klasického práva zodpovědnost dědicovu do míry obohacení a že podle práva Justinianova přechází pasivně na dědice do této míry, kdežto u actio vi bonorum raptorum příslušela vždycky kondikce proti dědicovi. Tedy v obou případech bylo lze vymáhati na dědici obohacení z deliktu jak v právu klasickém, tak Justinianském. Autor scholia chce asi vyjádřiti to, že místo původní actio přísluší proti dědici jiná, ve smyslu jiného scholia (Heimbach V 583 sch. 2) ... *ἀλλὰ ἀπὸ τῆς βὶ βορόρου ραπτόρου καὶ τοῦ de vi armata κινεῖται κατὰ τῶν κληρονόμων ἐν φάπτου* (sed loco actionis vi bonorum raptorum et interdicto de vi armata agitur adversus heredem in factum).

Podobně soudil asi autor výše uvedeného scholia i o actio quod metus causa, podobně asi soudili by byzantští právníci i o legis Aquiliae. Neboť jinak bychom si nemohli vysvětliti, že sami byzantští na jedné straně výslovně prohlašují, že proti dědici žaloba tato *vůbec* nepřisluší, a na druhé straně ve smyslu Digest prohlašují, že přísluší proti dědicím.

Vidíme, jak skutečně idea zodpovědnosti dědicovu do míry obohacení desavouovala ideu „actio mixta“ v problému přechodu dědicím. Byzantští právníci docházejí, třebaže jen sporadicky, k actio in factum proti dědicovi, *nahrazující původní actio poenalis*.

⁴⁶⁾ Bull. 1914, str. 125.

V.

PROBLÉM AKTIVNÍHO PŘECHODU
DĚDICKÉHO.

1. Gai IV 112 Inst. IV, 12, 1

sed heredibus huiusmodi (ex maleficiis poenales) actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur actio.

Jednotlivé actiones poenales, jež nepřecházely aktivně na dědice, byly tyto:

actio proti tomu, kdo bez svolení praetorova volal na soud osoby, jež lze volati jen se svolením praetorovým. D 2, 4, 24,

actio de calumnia D 3, 6, 4,

actio de effusis et deiectis v případech usmrcení osoby svobodné a ublížení osobě svobodné D 9, 3, 5, 5,

actio proti tomu, kdo překazil pohřbení D 11, 7, 9,

actio de sepulcro violato D 47, 12, 3, 12, — l. 6.

actio iniuriarum Gai IV 12, 1, D 47, 10, 13 pr., D 35, 2, 32 pr.

2. Co bylo důvodem vyloučení aktivního přechodu dědického?

Vyloučení to nebylo odůvodněno povahou předmětu žaloby. Spíše důvod byl v povaze deliktu, resp. v různých vnějších okolnostech. Téměř všechny uvedené actiones nepřecházejí aktivně na dědice proto, že skutkové podstaty, z nichž vzházejí, jsou jen speciálně formované případy iniurie osobní; takže v poslední analýsi zajímá nás — a římské právníky zajímala — pouze ta otázka, proč actio iniuriarum nepřechází aktivně na dědice; argumentem pro tento úsudek jest také stylisace dvou cit. zásadních textů, Gai IV 112, Inst. IV, 1, 1, excepta iniuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur (srv. D 37, 6, 2, 4).

V jiných případech vysvětluje vyloučení aktivního přechodu dědického zcela jednoduše procesní qualita té které actio: to totiž, že actio jest popularis. Z tohoto hlediska nepřechází aktivně na dědice actio de effusis et deiectis a actio de sepulcro violato.

To je celá theorie aktivního přechodu dědického žalob penálních. Velká většina jich aktivně na dědice přecházela a že nebylo třeba tuto okolnost odůvodňovati, jmenovitě nějakým

„quia rei habet persecutionem“ jest myslím jasno. Ostatně toto odůvodnění — nehledě ani k námitkám vycházejícím i k pojmu klasické poeny, i jinak by bylo nesprávné. Musili bychom říci i o actio vi bonorum raptorum a actio furti, že „rei habent persecutionem“.

Teprve kompilatoři pracují na základě nových ideí. Jak již Perozzi¹⁾ vystihl, Justinian operoval s pojmem actio mixta, aby vysvětlil aktivní přechod dědický té které actio ex delicto; pojem ten jest skryt ve výrazu „quia rei habet persecutionem“ a podobných výrazech, jež vesměs jsou interpolovány. (D 4, 2, 16, 2 atd.)

Dokladem toho, jak jednoduše — a ve smyslu shora uvedeném — pojímali klasičtí právníci náš problém, jest text Ulpianův 41 ad Sab. D D 47, 1, 1, 1 Heredem autem furti agere posse aequae constat: exsecutio enim quorundam delictorum heredibus data est: ita et legis Aquiliae actionem habet: sed iniuriarum actio heredi nou competit. Žádné odůvodnění aktivního přechodu dědického, jmenovitě ne odůvodnění, plynoucí z náhradní funkce žaloby trestní: důvodem vyloučení aktivního přechodu dědického jest prostě iniuria.

3. Kompilatoři — jak již uvedeno — hledají nové odůvodnění pro aktivní přechod dědický — resp. vyloučení děditelnosti — a právníci byzantští nám podávají všeobecnou formulaci jejich theorie. Dědicům přísluší z žalob trestních toliko žaloby z deliktů, jimiž se zmenšuje majetek poškozeného „δι' ὧν ἡ οὐσία, ἢν διεδέξαντο, ἐμειώθη, ὡς ἐπὶ τῆς κλοπῆς, τῆς βίας, τοῦ Ἀκουιλίου, τοῦ φόβου, τῆς ἀρπαγῆς καὶ ὁμοίων.“²⁾ Formulace tato by sama sebou nebyla závadná, kdyby se v ní neozývala t. zv. actio mixta. Byzantští právníci chtějí tím vyjádřiti žaloby, jimiž se čelí deliktnímu zmenšení cizího majetku a které svým předmětem a účelem směřují k náhradě škody a event. vedle toho i k nějaké pokutě. A tak stojíme před známými actiones mixtae. Toliko tyto přecházejí na dědice poškozeného, kdežto jejich opak v právu byzantském, actiones mere poenales, zanikají smrtí poškozeného. A tuto zásadu nacházíme vyjádřenu ve scholiu k D 47, 1, 1, 1 jako nesporné dogma: κανόνα ἔχομεν καθολικόν, διτι αἱ μίξται ἀγωγαὶ κληρονόμοις μὲν δίδονται, αἱ δὲ ἀγρατοι οὐτε κληρονόμοις οὐτε κατὰ κληρονόμων.³⁾

Jak rušivými pojmy se tu operuje, a jak rušivě se vůbec tím zasahuje do řím. systému žalob trestních, vyplývá z toho, že zásada ta úplně ztroskotala na té nejtýpictější žalobě trestní, actio furti. Pro byzantské právníky nebylo možno zařaditi ji jinam, než mezi „čisté“ trestní žaloby; pak ale byl aktivním přechodem dědickým této žaloby hrubě porušen onen κανών

¹⁾ Istituzioni II, str. 64, pozn. 2 in fine.

²⁾ Scholio k Bas. 60, 11, 1, 1 — D 47, 1, 1, 1 — Heimbach V 449.

³⁾ Scholio k Bas. 60, 11, 1, 1 — Heimbach V 448.

καθολικός. Namáhají se tedy byzantští právníci, aby odůvodnili dědický přechod této čistě trestní žaloby, a uchylují se za tím účelem někteří z nich k té fikci, že jde o nový delikt vůči dědicí. Tak na př. Johannes Nomophylax⁴⁾ vykládá, že zloděj, mající v držení věc ukradenou po té, co se ujal dědic dědictví, dopouští se furta i vůči tomuto. Jiným zastancem této doktriny byl Hagiotheodoritos.⁵⁾ Jiní právníci byzantští šli pak zcela opačným směrem. Aby zachránili citovaný *κανων καθολικός* jako všeobecné dogma, opustili tradiční pojetí žaloby z furta jako čistě trestní žaloby a prohlásili ji za *actio mixta*.⁶⁾

⁴⁾ Scholio Johannovo k Bas. 60, 11, 1, 1 — Heimbach V 448.

⁵⁾ Srov. na př. scholio Hagiotheodoritovo k Bas. 60, 12, 66, 1, Heimbach V, 517 a násl. — Myšlenka souvisí s teorií o trvajícím deliktu furta následkem trvajících dispozic zlodějovy. O tom podrobně jedním ve své práci *Continuatio furti*. Pocta Heyrovského.

⁶⁾ Srov. cit. již scholio v kap. II ad 9.

VI.

PROBLÉM KUMULACE SOUKROMÉHO TRESTU.¹⁾

1. Důsledek toho, jak Římané pojímají předmět poenálních žalob, jest kumulace jeho v případě spolupachatelství. Dopustilo-li se deliktu několik osob, ručí solidárně, avšak skutečnosti, které v normálním případě společné solidární obligace vedou k úplnému zániku solidární obligace, třebaže byly provedeny jen vůči jednomu z „korreů“, na př. zahájení sporu, proti jednomu nebo zaplacení se strany jednoho, nemají zde tohoto všeobecného účinku zrušovacího, zrušují obligaci pouze vůči tomu kterému žalovanému nebo zaplativšímu spolupachateli, ostatní ručí dále. To jest důsledek odvetné povahy klasické „poena“, to jest i zásada římskou pravovědou velmi srozumitelně formulovaná. Právě tam, kde by mohly vzniknouti jakési pochybnosti, totiž v případě *damnum iniuria datum*, kde měřítkem pro trest jest způsobená škoda, jest naprosto jasně vysloveno, že ani litiskontestací s jedním spolupachatelem provedenou, ani zaplacením se strany jednoho spolupachatele se neruší *actio legis Aquiliae* vůči ostatním. (D 9, 2, 11, 2). Táž myšlenka kumulace předmětu trestních žalob následkem trestní povahy žalobního předmětu jest formulována i u jiných *actiones poenales*, jak shora uvedeno.

Než máme některé případy žalob poenálních, kde princip kumulace není zachován, při tom však — což jest obzvláště důležité — i normální struktura solidarity v širším smyslu jest tu porušena. Jest to na př. *actio quod metus causa*, kde podle kompilace Justinianovy poena se nekumuluje, naproti tomu ale litiskontestace s jedním ze spoluvinníků neosvobozuje ostatních,

¹⁾ Z literatury jest uvést, kromě spisů cit. v kap. I, pozn. 1, tyto: Ascoli: *Sulle obbligazioni solidali* 1890, Roma Studi e Documenti 11. Eisele: *Korrealität u. Solidarität* 1891, Arch. Ziv. Prat. 77. Alibrandi: *Del concorso delle azioni* 1870. Binder: *Die Korrealobligationen im römischen u. heutigen Recht* 1899. Bonfante: *Il concetto unitario della solidarietà* 1916, Scritti 9 v. III, str. 209—242. Levy: *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen* 1918, Berlin. Betti: *Efficacia estintiva della l. c.* — *Programma* 1918, Camerino. Z těchto spisů byly mi nepřístupny cit. práce Alibrandiho a Eiseleho.

ale teprve úplné zaplacení kondemnační summy. A takových žalob jest více. Jak známo, byly to hlavně tyto případy, jež daly vzniknouti Kellerově a Ribbentropově theorii o dvou skupinách poměrů solidárních, korrealitě a pouhé solidaritě, při čemž různý účinek litiskontestace, v prvním případě kladný, v druhém záporný, byl nejdůležitějším činitelem dogmatické konstrukce, důvod pak těchto dvou skupin antithetických zjevů byl spatřován v prvním případě v tom, že jde o jedinou obligaci, v druhém případě v tom, že jde o více obligací.²⁾

Dogma toto dnes však jest většinou již opuštěno. Především padlo ono vědecké odůvodnění korreality jako jediné obligace. Tím ovšem nebylo dogma o korrealitě a pouhé solidaritě ještě opuštěno, k tomu vedl dosti dlouhý a obtížný vývoj vědecký, a dnes ještě není ve věci té naprosté shody.³⁾ První průkopníci myšlenky jednotnosti poměrů solidárních byli Ascoli a Eisele, kteří v letech 90. min. st. téměř současně a neodvisle od sebe, používajíce metody interpolační, dospěli k vyloučení veliké části případů pouhé solidarity. Pokračovatelem byl Binder. Methoda interpolační má tu vděčné pole působnosti, neboť byl to právě Justinian, který odňal litiskontestaci při korrealitě pasivní účinek zrušovací⁴⁾ a tudíž podávalo se samo sebou dáti na vrub kompilátorům ty případy solidárních závazků, kdy litiskontestace nemá všeobecného účinku zrušovacího, nýbrž teprve zaplacení. Přes to zbylo uvedeným autorům několik případů pouhé solidarity, které arci jako skupina nevýznamná nerušily již jednotnosti poměrů solidárních, akcentované zvláště Eiselem a Binderem. Důsledně provedl myšlenku jednoty poměrů solidárních pak Bonfante, který svou krátkou, ale významnou, přímo nové dráhy razící prací, *Il concetto unitario della solidarietà Milano 1916*, předešel významné práce nejnovější doby, hlavně široce založené dílo Levyho *Konkurrenz*. Bonfante vychází z toho, že v pojmu římského solidárního závazku leží zodpovědnost několika osob za splnění určitého dluhu, při čemž možno jest dvojí: buď splnění se strany jednoho, resp. jinaký zánik jeho ručení vede k zániku solidární obligace vůbec (solidarita elektivní), nebo zánik obligace jednoho neosvobozuje ostatních (solidarita kumulativní). V obou případech jde o ručení několika osob za celý dluh; skutečností, vedoucí ke zrušení dluhu (na př. podle Gaia III 168-181 *solutio*, *acceptilatio*, *solutio per aes et libram*, *novatio*, *litiscontestatio*) buď vedou ke zrušení ručení všech, nebo projeví účinek pouze ohledně toho, koho se týkají a tyto poslední případy zavedlo právo římské pro ručení spolupachatelů z deliktu, neboť následkem deliktu byla poena. A tak Bonfante spojil s kritériem, na základě něhož pracovali již Ascoli, Eisele a Binder, totiž interpolace odvozené ze

²⁾ Srov. Heyrovský, *Dějiny a systém řím. p. soukr. II*.

³⁾ Rozdíl zastává z moderních autorů na př. Perozzi, *Istitutioni II*, Girard, *Droit romain 758* a násl. a j.

⁴⁾ Srov. C 8, 40 (41), 28, 2.

známé konstituce Justinianovy, druhé kritérium, vyplývající ze zásady kumulování předmětu žalob trestních v případě spolupachatelství. Tím neříkám, že by již předcházející autoři nebyli si vědomi zásady kumulace při studiu solidárních závazků. Ale nedovedli správně využítí jí, neboť byli ovládnáni tradičními pojmy čisté poeny a poeny smíšené s náhradou škody, pojmy čisté trestní žaloby a t. zv. *actio mixta*, a tudíž tradiční názory, že kumulace jest znakem „čistě“ trestních žalob, že se však nevyskytuje při t. zv. *actiones mixtae*, ani vůbec nepodrobovali další kritice. Bonfante však vychází od jediného klasického pojmu „poena“ a „*actio poenalis*“, další třídění mezi *actio poenalis* a *actio mixta* přisuzuje kompilátorům, čímž arci získává nové velké pole pro použití zásady kumulace. Tímto kritériem čelí pak některým nesprávnostem, k nimž došli první zastanci jednotného pojmu solidarity příliš jednostranným chápáním jeho se stanoviska interpolační, odvozovaných z Justinianovy derogace konsumpčního účinku litiskontestačního. Jsa důsledným zastancem zásadní jednotnosti poměrů solidárních, připouští Bonfante různé kategorie, na př. stipulace solidární, kdež jest nejen *eadem causa*, ale i *unitas actus*, připouští různost struktury těch poměrů, kde jest též předmět i táž *causa*, naproti oněm, jež vykazují jen totožnost předmětu, popírá však, že „*le peculiarità inerenti alla fonte dell' obbligazione, le quali hanno sempre luogo, sia l'obbligazione semplice o monteplice nei soggetti, che la stessa indipendenza causale con identità di oggetto si possono convertire in peculiarità inerenti ad un diverso concetto della solidarietà e possono manifestare un'efficacia circa i modi di estinzione.*“⁵⁾ Rozhodně popírá Bonfante takové dělení solidárních poměrů, které by bylo manifestováno růzností účinků litiskontestace a zaplacení. Neodvisle od Bonfanteho dospěl v novější době k výsledkům analogickým E. Levy ve své knize *Die Konkurrenz der Aktionem und Personen 1918*, svrchovaně zajímavé již po stránce methodické společným systematickým zpracováním poměrů solidárních i t. zv. konkurence žalobní, již pojímá jako dvě různé formy téhož zjevu. Případy nás zajímavější označuje jako pasivní konkurenci osobní. Konkurence jest založena identitou *causy*, a není-li jí, jednotností předmětu trestního činu. Základem všech poměrů konkurenčních jest věta „*bis de eadem re ne sit actio*“, konsumpční účinek litiskontestace. Zde nenastává pro trestní povahu předmětu. Správně však akcentuje Levy, že římscí právníci vyjadřovali kumulaci odepřením konsumpčního účinku litiskontestace, tedy nepřihlížeje k některému stadiu pozdějšímu, na př. zaplacení *litis aestimace*, jak činí kompilatoři. V této klasické formulaci nacházíme zásadu kumulování poeny vyjádřenu, jak správně Levy uvádí, na př. ve dvou zásadních textech, D 9, 4, 5 pr a D 47, 2, 77, 1; v případě D 9,

⁵⁾ Bonfante: *Scritti III*, str. 214.

2, 11, 2, pak placení jest co do svého účinku prostě přirovnáno k litiskontestaci; naproti tomu, tam, kde placení vkládá se do procesu, takže obě samostatná hlediska klasická, litiskontestace a placení, splývají v jedno, jsme před interpolací a typem jejím jest stereotypní formulace „conventus praestitit“ na př. v D 47, 4, 1, 19. Z toho vyplývá ten nesporný důsledek, že kompilatoři trvají zásadně na kumulativním ručení spolupachatelů vůči trestní žalobě, jen vpravují ji lépe do svého systému solidárních závazků.⁹⁾

Jasně ozývá se stanovisko kompilátorů ještě v pozdním právu byzantském. Uvádím na př. scholío ke C IV, 8, 1, kdež jako takový všeobecný „zákon“ jest uvedena zásada:⁷⁾ „ὁσαύτως πολλοί ad poenam κατέχονται, ὁ εἷς ἐξ αὐτῶν ἐναγόμενος καὶ καταβάλλων τὸν ἔταρον οὐκ ἐλευθεροῖ.“ Zásada tato ovšem nemá již velkého významu, neboť se vztahuje jen na zbylé byzantské actiones poenales, ne však na byzantské actiones mixtae nebo reipersecutoriae z deliktu. Bylo již několikrát ukázáno, že rozšíření žalob poenálních na poenální v užším smyslu, a mixtae, bylo klasickému právu neznámo. Z toho tedy vyplývá se značnou pravděpodobností, že zásada kumulace platila pro všechny římské žaloby poenální, i pro ty, jež kompilatoři pojímají jako actiones mixtae. Správnost tohoto úsudku však ukáže teprve podrobná exegese jednotlivých sporných textů.

Před touto však ještě jednu formální poznámku. Jak bude ještě ukázáno, vztahovala se terminologie „actiones poenales“ v první řadě na žaloby ze známých čtyř civilních deliktů, čehož dokladem jest jmenovitě Gaius, jehož terminologie, zvláště v srovnání s Institucemi Justinianovými a Parafrásí Theofilovou, vystupuje velmi plasticky. Proti těmto klasickým actiones poenales stojí u Gaia terminologicky (ne pojmově) actiones in factum. Než právníci klasičtí dávají srozumitelně na jevo, že tyto actiones in factum jsou dvojí, bud mají za předmět trest, „poenam continent“, nebo náhradu, věc „rem continent“. Struktura prvních pak přesně odpovídá oněm typickým „actiones poenales“ a jak jsme viděli při studiu problému pasivního a aktivního přechodu dědického, nebylo rozdílu mezi „actiones poenales“ z furta, rapiny, iniurie a damnum iniuria datum, a mezi trestními actiones in factum. Totéž uvidíme ve studiu problému noxality a totéž přirozeně platí i pro zásadu kumulace poeny. Neboť jest to právě trestní povaha předmětu žalobního, která způsobuje známé poenální účinky, a tudíž pojmovou strukturu.

Přístupme tedy k exegesi pramenů.

2. Actio quod metus causa.

Zásadní text jest Ulpianův XI ed. D 4, 2, 14 § 15.

Secundum haec si plures metum adhibuerint et unus fuerit conventus, si quidem sponte rem ante sententiam restituerit,

⁹⁾ Levy: Konkurrenz str. 483.

⁷⁾ Heimbach V 447.

omnes liberati sunt; sed etsi id non fecerit, sed ex sententia quadruplum restituerit, verius est etiam sic peremi adversus ceteros metus causa actionem.

V doktríně jest tento text předmětem četných kontroverzí. Perozzi tvrdí, že text byl interpolován, aby se tu vyloučila korrealita. Albertario konstruuje text takto: Secundum haec si plures metum adhibuerint et unus fuerit conventus, ceteri liberati non sunt. Konstrukci nepokládám za správnou, poněvadž pomíjí mlčením důležitý činitel — restituci věci. Což když věc byla restituována ještě před zahájením řízení? Na tento moment reaguje Biondi a rekonstruuje text takto: „Secundum haec si plures metum adhibuerint et unus fuerit conventus, omnes liberati sunt: sed si (rem Ulp.) restituerit, verius est etiam sic peremi adversus ceteros metus causa actionem“, neboť nebyla to jen litiskontestace, jež měla účinek zrušovací pro všechny, ale i restituace a to vzhledem k dispozici ediktální, jež dává vznikati žalobě jen pod podmínkou, že nebylo ante litis cont. restituováno.

Betti nepovažuje text za interpolován, až na slovo restituerit, položené pryč na místě klasického praestiterit a odvozuje z textu „equiparazione del caso di pagamento della litis aestimato (dopo la condanna) al caso di restituzione della cosa stessa (prima della condanna) da parte del condelinquente convenuto, in accordo col carattere restitutorio dell' azione e con la sua funzione accessoria di azione di risarcimento, agli effetti della concordanza con azioni reipersecutorie“.

Naproti tomu Bonfante správně pokládá text za interpolován a motivem interpolace bylo dle něho vyloučení kumulace, kterou tu uznávalo právo klasické: první část textu pokládá za původní, actio byla arbitraria, nella seconda parte della L. 14 § 15 il giureconsulto doveva pertanto osservare che se invence il colpevole chiamato in giudizio non abbia operato la restituzione, ma sia stato costretto a rem restituere e a pagare il quadruplo, così si deve leggere invece di quello strano quadruplum restituerit, generato probabilmente dalla circostanza che Giustiniano ha fuso nel quadruplo anche il risarcimento, allora l'azione per il quadruplo, cioè per la pena, rimane intatta contro gli altri. Stejného názoru (v podstatě, ne v podrobnostech) jsou i Beseler a Zanzucchi.⁸⁾

Přes tak značnou různost názorů, vyčerpávajících všechny možné eventuality, myslím, že lze bezpečně tvrzení Bonfantovo prohlásiti za správné. Představuji si náš případ takto: Někdo donutil druhého vyhrůžkou k převodu věci: právní jednání jest iure civili platné a účinné. Praetor reagoval vůči němu tím, že udělil donucenému actio in quadruplum, dal však donutiteli mo-

⁸⁾ Srov. Perozzi Istituzioni II str. 112, Albertario Bull. 1914 str. 107, Biondi Studi sulle actiones arbitrariae str. 41, 42, Betti cit. str. 32, Bonfante str. 218, Beseler Beiträge III str. 155, Zanzucchi Il divieto delle azioni famose, Riv. It. d. scienze giur. 42 str. 49, pozn. 2.

žnost ujíti tomu trestu vydáním věci. (O tom, jakou roli hrála tato restituční v procesu, bude později mluveno, jistě však, že quadruplum byla poena a nic jiného.) Dejme tomu, že bylo několik spolupachatelů. Dobrovolná restituční věci jedním z nich osvobodila od poeny nejen tohoto, ale i ostatní; vždyť restituční věci jedním pachatelem byli by ostatní zbaveni dobrodružství trestu dobrovolným vydáním věci. Osvobození všech spolupachatelů následkem dobrovolné restituční od jednoho z nich *bylo tudíž nesporné*. Nyní text přistupuje k druhé eventualitě, zaplacení kondemnační sumy (quadrupla) jedním ze spolupachatelů. Jaké má ono účinky vůči ostatním? Dle mého názoru jest však dříve zabývat se tím, zda vůbec kladli si však římské právníci tuto otázku? To jest dle mého názoru velmi pochybné, vždyť v poměrech solidárních je účinek zaplacení kondemnační sumy již zahrnut v litiskontestaci. Dále padá na váhu to, že liberatorní účinek měla v našem případě nejen procesní restituční věci, ale i mimoprocenční restituční. Pokusil bych se tudíž o rekonstrukci (podotýkáje arci její cenu v nejvyšší míře hypotetickou a používaje rekonstrukce vůbec, jako jakéhosi superflua, jen k názornější manifestaci kritického výkladu) asi v této formě: S. h. si plures metum adhibuerint et unus rem restituerit, (srv. D 4, 3, 17, pr) omni liberati sunt; quodsi unus conventus fuerit, verius est non peremi adversus ceteros metus causa actionem. Opakuji, že obzvláště v našem případě jest rekonstrukce téměř nemožná, nicméně původní klasický režim dá se odvodit. Jest třeba jen přenést restituční věci z procesu do stadia mimoprocenčního; víme, že ona má absolutní účinek liberatorní. Neuskutečnil-li se však dobrovolně restituční, dojde k litiskontestaci a tu se ptáme, jaké má ona účinky vůči spolupachatelům? Jest třeba jen uvědomit si trestní povahu předmětu, uvědomit si, že teprve kompilatoři rozeznávají v předmětu oddělené od sebe veličiny: restituční věci a trest trojnásobného a dojdeme k tomu, že litiskontestace nemohla mít obvyklého konsumčního účinku. Citovaný text o litiskontestaci vůbec nemluví, nýbrž teprve o zaplacení quadrupla z odsuzujícího rozsudku — čistě ve shodě s justiniánským pojetím solidarity; text přiznává zaplacení kondemnační sumy účinek liberatorní pro spolupachatele, zcela logicky podle justiniánského pojetí quadrupla, jež obsahuje vždycky a nezbytně restituční „ut in condemnatione quadrupli res quidem omnino contineatur et eius restitutio fiat D 4, 2, 14, 10,“ a teprve vedle toho také trest. Poněvadž jest v rozsudku dle práva Justinianova obsažena vždy restituční, logicky musí tím zahynouti actio quod metus causa vůči ostatním, tak jako by byl odsouzený restituoval věc mimo spor. Právě proto však, že rozhodnutí jest v úplné, přímo nápadné shodě s novými pojmy justiniánskými, nutno odvozovati, že za vlády pojmů klasických rozhodnutí bylo jiné, že vůbec celý problém pasivní konkurence osobní byl jinak formulován, než jak jej formulují kompilatoři.

V dalším kontextu — D 4, 2, 16, 1, — jedná Ulpian o deliktu, jehož se dopustili servi. I tento text jest velmi podezřelý, a zaráží jmenovitě ono „conventus praestiterit“, které tak špatně se hodí do klasické souvislosti závazků solidárních. Než dle mého názoru netřeba každým způsobem považovati text za interpolovaný, neboť opravdu zvláštní právní situace, kterou způsoboval delikt otroků, žádala tu vyjimečného rozhodnutí. Ostatně již úvodní slovo „sed“ jest známkou odlišnosti případu. Nejde tu totiž jen o žalobu noxální, nýbrž i eventuálně o žalobu, kterou jest stíhán majitel moci vlastním jménem jako držitel věci. Jestliže on restituoval věc, nesporně bylo, že zanikla tím nejen žaloba z jeho vlastní osoby, ale i žaloba noxální. Nerestituoval-li věci, byl přirozeně odsouzen k trestu čtyřnásobného, a jak se zdá, zanikla tímto prvním iudiciem i žaloba noxální. Naproti tomu, byl-li nejprve žalován noxaliter, nekonsumovala se tím eventuálně žaloba proti němu jako držiteli věci.

3. Actio doli.

Základní text, našeho problému se týkající, jest Ulp. XI ed. D 4, 3, 17 pr.

Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur: quod si unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari.

Stav doktriny⁹⁾ jest i v tomto případě velmi nejednotný.

Podle Perozziho v právu klasickém jednalo se o korrealitu. Interpolováno jest „quanti ea res est praestiterit“ na místě „conventus fuerit“ a „puto adhuc ceteros liberari“ na místě „ceteri liberantur“.

Tomuto názoru nejbližší stojí Biondi, který konstruuje klasický text Ulpianův takto: „Si plures dolo fecerint et unus conventus fuerit omnes liberantur“. „Sarebbe stato assurdo che il giurista avesse presentato l'ipotesi della restituzione rei ante sententiam, quando già per principio generale la semplice conventio e la susseguente litiscontestatio aveva efficacia di estinguere l'obbligazione adversus ceteros. *Trasferita la liberazione dei condebitori solidali dalla litiscontestatio al soddisfacimento effettivo*, è logico e naturale che i compilatori nelle azioni con clausula restitutoria sdoppiassero la „conventio“ classica nelle due ipotesi della restitutio rei ante sententiam e della prestazione della litis aestimatio.

Bonfante považuje první část textu za původní, druhou, v níž se mluví o praestaci „quanti ea res est“, patrně na základě rozsudku, za interpolovanou; actio doli vzniká z deliktu (crimen), je poenalis a infamis, každý ze spolupachatelů musil býti tedy zodpověden samostatně.

⁹⁾ Srov. Perozzi Ist. II, str. 112/1, Biondi Studi str. 89 a násl., Betti Studi sulla litis aestimatio II 1915, str. 14, Bonfante cit. 219, Beseler, Beiträge III str. 7, Zanzucchi cit. str. 491, Albertario Bull. 1914, str. 107.

Stejného názoru jsou v podstatě Beseler, dle něhož interpolováno slovo „liberari“ místo klasického „teneri“ a Zanzucchi. Albertario shrnuje jaksi učení Biondiho a Bonfanteho a dochází ke konstrukci „Si plures dolo fecerint et si unus quanti ea res est praestiterit, puto ceteros non liberari“. Proti tomu vznikají námítky: proč „*quanti ea res est praestiterit*“ a ne obvyklé „*poenam praestiterit*“, — kdežto pokládáme-li první větu za původní, znázorňuje nám „*quanti ea res est praestiterit*“ pěkně kontrast vůči předchozímu „*restituerit*“; proč dubitativní forma „*puto*“?

Betti, který zastává, že pozdější klasičtí právníci přisuzovali účinky *dobrovolného vydání věci dobrovolné prestaci quanti ea res erit*, vykládá text takto: si plures dolo fecerint et unus (sc. ante iudicium) restituerit, omnes liberantur: quod si unus (sc. ante iudicium!) quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari.

Pro své mínění má Betti stylisací „*puto adhuc*“ a pak arci tu okolnost, že v textu se výslovně nepraví *quanti ea res est ex sententia*; to je vše. Proti jeho mínění však je stylisace „*ceteros liberari*“: v první části textu, kde se mluví o účincích předchozí dobrovolné restituce, praví se „*omnes*“ liberantur, tudíž i restituent sám „*liberatur*“ — osvobozuje se od trestu; v druhé části textu se praví „*ceteros*“ liberari, na liberaci toho, kdo „*quanti ea res est praestiterit*“, se tím již nemyslí. To je však vzhledem k názoru Bettiho divné, neboť jedná-li se o *předchozí dobrovolnou* praestaci, také pak nastává i *pro toho, kdo ji poskytl*, osvobození od trestu, tudíž bychom čekali „*omnes liberari*“. Naopak „*ceteros*“ liberari vystihuje, že o osvobození toho, kdo plnil *quanti ea res est*, nemůže být řeči, to jest možno jen právě proto, že on „*ex sententia praestiterit*“.

Jak vidět, i v našem případě je hojnost různých, ba protilehlých názorů, a na druhé straně nescházejí ani pokusy rozhodnouti otázku kompromisem z jednotlivých učení. Myslím však, že i zde platí bez výhrady totéž, co v předchozím případě a vůbec u všech *actiones poenales*, kumulace poeny, jak Bonfante i zde odvozuje ze struktury *actionis doli* a interpolace druhého dílu cit. textu.

První věta „*Si p. d. f. et unus restituerit, ceteri liberantur*“ jest nesporně klasická. Vyjádřeno tu jest plasticky, že teprve *nevrácení* věci může zavdat podnět k potrestání, že tomuto lze uniknouti restitucí, tudíž restituce jednou provedená má všeobecný liberatorní účinek. Pokud se týče obtížného výkladu druhé části textu, tedy stačí nahraditi stylisací „*quanti ea res est*“ slovem „*poenam*“ (k čemuž jsme oprávněni, neboť „*quanti ea res est*“ jest jen číselné vyjádření trestu) a povstane tak názorná antithesa, že o nutnosti vsunouti zápor „*non*“ před *liberari* nebude nejmenší pochybnosti. To platí pro právo klasické. V právu Justinianově „*quanti ea res est*“ jest (jako v jiné variantě „*simpulum*“) pravým opakem trestu, a tudíž nic tak přirozeného, než kladné

rozhodnutí všeobecné liberace, technicky provedené škrtnutím záporu „*non*“. Toto, abychom tak řekli, genetické vysvětlení interpolace naráží zdánlivě na překážku, imputujeme tu na první pohled Ulpianovi, že rozhoduje tu pasivní konkurenci přihlížeje pouze k účinkům kondemnace, tak, jako by byla litiskontestace v tom směru bezvýznamná. To arci nutno v každém případě vyloučiti. Platilo-li o praestaci z rozsudku „*ceteros non liberari*“, platilo to již i pro případ litiskontestace. Že tu Ulpian přidržel se při rozhodování pasivní solidarity pozdějšího stadia kondemnace, lze snadno vysvětliti tím, že chtěl položit tím logickou antithesu vůči případu restituce věci. Jest ale dobře možno, že Ulpian výslovně zahajoval druhou část textu slovy „*quod si unus conventus fuerit*“, každým způsobem však rozhodnutí znělo „*ceteros non liberari*“. Tudíž shora uvedená genetická interpretace, i když nemohla s bezpečností ukázati, z jakého hlediska díval se Ulpian v našem případě na problém solidárního závazku, zda z obvyklého hlediska litiskontestace, či z neobvyklého, zde vysvětlitelného hlediska kondemnace, vede nás aspoň k tomu bezpečně, že citovaný text Ulpianův, má-li býti vykládán v přesném znění Digest, může býti uspokojivě vyložen pro právo klasické jen vložení záporu „*non*“ před rozhodné slovo „*liberari*“.

4. Actio proti tomu, „*per quem factum est quominus quis in iudicio sistat*“.

Na ručení spolupachatelů vztahuje se Ulp. VII ed, D 2, 10, 1, § 4.

Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: sed si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, cum nihil intersit.

Stav doktriny¹⁾ je tento: Podle Perozziho interpolována jsou slova *praestiterit poenam*, kdežto text Ulpianův obsahoval prý „*conventus fuerit*“. Bonfante poukazuje k tomu, že Ulpian zde jasně charakterisuje předmět *actionis* jako *poenu* — tudíž že je nemožno, aby za takových okolností byl se rozhodl pro osvobození spolupachatelů od poeny následkem prestace jednoho z nich. Původní text zněl „*nec si... ceteri liberantur*“; dodatek „*cum nihil intersit*“, dávající poeně povahu náhrady, pochází od kompilátorů.

Tvrzení Bonfanteovo přejímá v podstatě Albertario, rekonstruuje původní text takto: „*et si... non liberantur*“ a Beseler konstruuje původní text stejně jako Bonfante, jmenovitě eliminuje dodatek „*cum nihil intersit*“ „*weil Schadenersatzleistung, geschweige, denn Strafzahlung, keine Schadensbeseitigung ist; ja wenn noch die Formel wirklichen „auf quanti interest“ lautete, sie lautet aber auf „quanti ea res est“*“.

Naproti tomu Betti považuje celý text za původní a poznamenává: „*obligace, tvořící obsah této actio, má dvojí ráz, ma-*

¹⁾ Strov. Perozzi Ist. II 112/1, Bonfante str. 217, Albertario Bull. 1914 str. 107 násl., Beseler Beiträge III 6, Betti L'efficacia... str. 31, Levy Konkurrenz I 501.

teriální (náhrada škody) a immateriální („riparazione del torto“). Zaplacením poeny od jednoho spolupachatele jest uspokojeno majetkové interesse postiženého vůči ostatním spolupachatelům, nikoli však immateriální interesse jeho vůči jim. Avšak toto právo na napravení újmy immateriální vůči ostatním je paralysováno tou okolností, že škoda doprovázející immateriální újmu odpadla — jinými slovy immateriální interesse nemůže se uplatňovati odděleně od náhrady škody.

Jedná se nyní o zjištění mezi interpolace a případné nahrazení interpolovaných slov rekonstrukcí klasickou. Považovati celou druhou větu „sed si unus — intersit“ za interpolovanou (na př. Levy) není nutné, tím spíše, že pak by první věta zůstala myšlenkovým torsem, ježto otázka konkurence by zůstala nerozřešenou. Na každý způsob považují za interpolované úvodní slovo „sed“ a závěrečná slova „cum nihil intersit“ zcela ve smyslu Bonfantově. Nahrazení slova „sed“ vyplyne z následujících úvah, věta „cum nihil intersit“ pak pro právo klasické prostě odpadá. Jedná se nyní o „praestiterit poenam“. Stylisace tato přirozeně nespadá příliš do jednotného klasického pojetí solidárních závazků, neboť takové „conventus praestiterit“ jest v 99% případů známkou interpolace. Klasická pravověda přihlížela především k litiskontestaci, náš text však zdá se tuto vůbec přezíráti. Toto zdání stává se však téměř jistotou, béréme-li v úvahu závěrečné „cum nihil intersit“. Neboť slova ta mají smysl pouze ve spojení s kondemnací, nikoli však s litiskontestací. Považují tedy za nejpravděpodobnější, že interpolovanému závěru odpovídají právě tak interpolovaná slova „praestiterit poenam“, která kompilatoři vložili na místě klasického „conventus fuerit“. Samozřejmě pak na místo úvodního kompilatorského „sed“ nastoupí klasické „nec“ a máme pak čistou formulaci problému kumulace v našem případě.

5. Actio de effusis et deiectis.

K ručení spolupachatelů se vztahuje toto místo:

Ulpianus XXIII. ed D 9, 3, 1, 10 — I 3, D eod.

Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur et quidem in solidum; sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur.

Paulus XIX. ed 1. 4 D eod.

perceptione, non litiscontestatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit.

Gaius VI. ed prov. I. 2. D eod.

cum sane impossibile est scire quis deiecisset vel effudisset.

Všeobecně se uznává¹¹⁾, že text Paulův „perceptione, non litiscontestatione . . .“ jest, byť jen aspoň částečně, interpolován. Tak Ascoli považuje za interpolovaná slova „perceptione, non“,

¹¹⁾ Srov. Ascoli cit. str. 45, Perozzi Ist. cit., Betti L'efficcaccia... str. 25, Bonfante cit. str. 230.

Perozzi slova „perceptione, non litiscontestatione“. Účel interpolace by byl podle těchto autorů vyloučení osvobodovací účinek litis contestace. Též Betti vylučuje jako interpolována pouze slova „perceptione non“ a dodává „fondamento di queste obbligazioni solidali: non l'imputazione dell'atto di effusio o deiectio, bensì il fatto obiettivo della habitatio comune nella medesima casa unde deiectum effusumve quid sit (come nelle azioni nossali solidali il condominio).“

Naproti tomu Bonfante jest toho mínění, že ježto šlo o actio poenalis, noxalis a popularis, nepřecházející na dědice, připouštělo právo klasické pravděpodobně i zde kumulativní, nikoli solidární — elektivní — ručení spolupachatelů. Interpolace by se vztahovala podle toho na slovo „sed“ (I. 3 D eod.) na místo „nec“ a pak na L. 4, jmenovitě i na text, jednající o regressu, který zde i jinde zavedl Justinian.

Jisto je, že v našem případě nelze se vši určitostí rozhodnouti problém ručení spolupachatelů. To sám Bonfante v tomto případě uznává. Že tu šlo patrně o kumulaci, vyplývá z jednotlivých znaků actio de effusis et deiectis, jež ji činí actio poenalis; pokud se týče pak skutkového podkladu, který jest základem žaloby, ani tu nic není na závadu učení o kumulaci; jest sice pravda, že základem obligace není přičítání fakta k vině, nýbrž objektivní okolnost, společné obývání domu, unde deiectum effusumve quid sit, tedy myšlenka „unusquisque dolit sui poenam suffert“ D 27, 3, 15 — zde neplatí. Naproti tomu nutno uznati, že existují actiones poenales, jež nemají základu v přičítání určitého fakta k vině, ale v objektivní okolnosti (actio q. metus causa proti držiteli věci) a že přes to předmět zůstává poena, jež v případě spolupachatelství se kumuluje. Takové pojmání deliktu, jako je v našem případě, jest patrně historicky první. Nelze pak srovnávati náš případ s případem spoluvlastnictví k otroku, který spáchal delikt. V okolnosti společného obývání domu, unde deiectum atd., jest přece jakýsi rudiment viny, proto zodpovědnost je definitivní, trvalá, kdežto v případě ručení noxálního zodpovědnost pomíjí tím, že pán přestane býti vlastníkem otroka. Jakýsi argument pro učení o kumulaci vyplývá též z cit. místa samého, z textu Gaiova I. 2 D eod. Zajímavo jest totiž, že totéž odůvodnění, jaké uvádí Gaius, totiž že nelze zjistiti, kdo factum způsobil, uvádí Ulpian resp. Julian k odůvodnění kumulativní zodpovědnosti spolupachatelů v případě actio legis Aquiliae (srv. 1. 11 § 2 D, 9, 2 a 1. 51 § 1 D eod.) Myslím tedy, že Gaius slovy „cum sane impossibile est scire quis deiecisset vel effudisset“ odůvodňoval proč „plures in eodem cenaculo habitantes“ jsou zodpovědní kumulativně co do poeny. Že pak cit. odůvodnění Gaiovo, vyňaté z knihy šesté ad edictum provinciale, se vztahovalo na actio de effusis et deiectis, vyplývá jasně z dalšího výňatku z Gaiovy knihy šesté ad edictum pro-

vinciale, l. 7 D eod, která nesporně se vztahuje k actio de effusis et deiectis.

6. Actio proti mensoru „qui falsum modum dixerit.“¹²⁾

Na spolupachatelství se vztahuje text z Ulpianovy knihy XXIV ed. D. 11. 6, 3 pr.

Si duobus mandavero et ambo dolose fecerint, adversus singulos in solidum agi poterit, sed altero convento, si satisfecerit, in alterum actionem degenari oportebit.

Ascoli a Perozzi souhlasí v tom, že vložka „si satisfecerit“ jest interpolována. V klasickém právu jednalo se o korrealitu, při níž jmenovitě litis contestace měla osvobozovací účinek pro všechny. Totéž zastává Betti, který vytýká absurdnost interpolované doložky: irrelevanza della circostanza di una precedente litis contestatio per effetto liberatorio del pagamento. Come la necessità della denegatio actionis risulti dall'essere l'azione in factum e dall'avere quindi la litis contestatio con essa non effetto di consunzione, bensì seplice effetto d'esclusione e come questo effetto si ricollegli al carattere reipersecutorio dell'azione, provato dalla sua concorenza con l'actio locati.

Bonfante souhlasí s interpolací doložky „si satisfecerit“ a odvozuje svou thesi o kumulativním ručení co do poeny z poenální povahy naší actio. Její základ jest dolus, nepřipouští se proti dědicům, jest noxalis. V původním textu bylo tudíž: „nec“ altero convento ... denegari oportebit nebo snad: sed ... denegari „non“ oportebit.

Myslím, že i v tomto případě všeobecný princip kumulace byl zachován. Právo klasické pojímá tuto actio jako poslední právní prostředek. Poměr mezi měřičem a tím, kdo si vyžádal jeho činnosti, není poměrem kontraktním (locatio conductio operarum) vzhledem k význačnému společenskému postavení měřičovu, jak pěkně ukázal Levy.¹³⁾ Praetor poskytuje jen *trestní* ochranu a to zas jen v krajním případě, nemohou-li jinak býti odstraněny škodlivé účinky deliktu pro postiženého. Vše upomíná tu na actio doli a maně se tážeme, proč vůbec praetor rozmnožoval své edictum o skutkovou podstatu „falsum modum dicere“ a dotyčnou subsidiární actio, když stačila všeobecná actio doli? Již ze stylisace vychází, že jednotlivé znaky dolu „calliditas, fallatia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum“¹⁴⁾ se zde uskutečňují. Odpověď jest myslím v tom, že praetor nemínil poskytovat actio doli — famosa — proti měřiči vzhledem k význačnému postavení jeho a proto skutková povaha naší žaloby není pojímána jako dolus, nýbrž jako falsum modum dicere.

¹²⁾ Srov. Ascoli cit. str. 45, Perozzi Ist. cit., Betti L'efficaccia... str. 29, Bonfante cit. str. 222.

¹³⁾ Srov. Levy Privatstrafe str. 54 a násl.

¹⁴⁾ Srov. Labeo D 4, 3, 1, 2.

Přísluší tomu, „cuius interfuit falsum modum renunciatum non esse“¹⁵⁾ a i tu zase její působnost je značně zúžena (srv. l. 3, 2 a 3 D eod) t. j., pokud možno, hledí se předejít odsouzení mensorovu. Jakmile nastal pravý případ této actio, tu z té jasné okolnosti, že účelem jest potrestání, logicky plyne kumulace poeny v případě spolupachatelství.

7. Actio rationibus distrahendis.¹⁶⁾

Na případ spolupachatelství se tu vztahuje l. 55, 1 D 26, 7 (Tryphonius XV. disput.)

Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege XII tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur: nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est, sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere: nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie conditionis aut ipsam rem aut eius aestimationem.

Binder považuje celý text za interpolovaný; jest to dle něho „fremde Zuthat, mit dem die Kompilatoren die actio rationibus distr. in eine qualifizierte aktio tutelae verwandelt haben“. V souvislosti s tímto textem mluví Binder o jiném, l. 15 D 27, 3 (Ulp. I. disp.) vztahujícím se dle něho též na actio rat. distr. „Si ex duobus tutoribus cum altero quis transeisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri, nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat, quod si conventus alter praestitisset, proficiet id, quod praestitit, ei qui conventus non est: licet enim doli ambo rei sunt, tamen sufficit unum satisfacere, ut in duobus quibus res commodata est vel deposita quibusque mandatum est“.

Binder uvažuje takto: „Liegt keine Solidarität vor, was durch die l. 55, 1 nicht wiederlegt wird, so erklärt sich leicht, warum die transactio nihil proderit alteri; es sind eben zwei vollkommen beziehungslose Obligationen vorhanden. Dazu passt aber der zweite Satz der Stelle nicht, welcher auf die Solidarität hinweist. Da diese Stelle von der a. rationibus distrahendis handelte, kann die Stelle in ihrem zweiten Teil, wenn sie einen solchen überhaupt hatte, nur die befreiende Wirkung der Zahlung oder ... der Litiskontestationen verneint haben“.

Že tento právě citovaný text jest interpolován, uznávají i Ascoli i Eisele i Bonfante, jenže každý z jmenovaných autorů dochází k různým důsledkům: Ascoli z textu toho odvozuje

¹⁵⁾ Srov. D 11, 6, 3, 1.

¹⁶⁾ Srov. Binder cit. str. 348, Bonfante cit. str. 222 násl. a 231 a násl., Ascoli Bullet. IV 1891 str. 303.

solidaritu (ne korrealitu), Eisele korrealitu, Bonfante solidaritu v šir. sm., a to kumulativní, („il testo parla di dolo comune e di pena, e ciò può far supporre che la responsabilità sia considerata come delittuosa e quindi solidale cumulative“.)

Jest ovšem otázka, ku které actio se vztahoval tento text, zda jmenovitě se vztahoval k actio rationibus distrahendis. Částečným vodítkem k tomu jest nám l. 1 § 14 D eod. Ulp. XXXVI ed, z jehož zcela stejně stylisace (v obou místech se výslovně mluví o dolus communis, poena doli resp. delicti) nutno odvozovati, že oba se vztahují na stejnou actio. Jaká to může býti actio? Buď tutelae, nebo actio rationibus distrahendis. Z umístění l. 1 § 14 D eod ovšem plyne, že se jedná o actio tutelae, neboť o actio rationibus distrahendis počíná se jednati teprve v šu 19. Pak jest arci nápadné, že mluví se o „poena delicti“, „poena doli“, ačkoliv jde o žalobu z poměru quasicontraktního, kdežto oba právě uvedené výrazy by odpovídaly spíše žalobě delictu, tedy actio rationibus distrahendis. Vysvětlení by bylo asi to: kompilatoři necítí pravý rozdíl mezi actio tutelae a actio rationibus distrahendis, za to jako zvláštní případ — který zahrnuje obě tyto actiones — konstruují actio ob dolum tutoris, právě tak, jako jím jest „dolos depositarii, commodatarii“ něco, co vystupuje z poměru kontraktního a tvoří téměř delikt. (srv. I IV, 12, 1) „cum testator dolose versatus est et ad heredum eius nihil ex eo dolo pervenerit“.

Jest pravda, že Cicero (de off. III, 15, 61) praví: „Atqui iste dolus magnus et legibus erat vindicatus, ut in tutela duodecim tabulis“. Stylisace odpovídá našemu textu, jenže ani Cicero nemluví o actio rationibus distrahendis, nýbrž, jak dokázal Karlowa¹⁷⁾ o kriminální accusatio suspecti tutoris a jeden z argumentů Karlowových jest právě, že dolus malus in tutela „welcher durch die XII tabulae vindicatus war, ein viel weiteres Begriff ist als die Unterschlagung, derentwegen die actio rationibus distrahendis angestellt werden konnte“. Levy rozšiřuje ovšem základ actionis rat. distr. na široký okruh případů „perfide agere“ a dává jí funkci hospodářskou, kterou později měla actio tutelae: podle mého názoru nesprávně, neboť vychází s tím z úzkého základu této actio, jenž jasně vychází z D 27, 3, 2, pr, a D 27, 3, 1, 21, „quod ad speciem istam“ [speciální případ actionis rat. distr., doložka podle Levyho interpolovaná].

Dalším vodítkem ku kritickému hodnocení fragmentu 15. D 27, 3 je l. 1 § 43 D 16, 3; jak známo, v onom se praví: v případě dolu dvou tutorů, „conventio“ a „praestatio“ jednoho prospěje i druhému právě tak, jako v případě dvou depositářů, v tomto se praví naopak: dopustí-li se dolu dva depositáři a jeden splnil „quod interest“, nebude již žalován druhý, právě tak, jedná-li se

¹⁷⁾ Römische Rechtsgeschichte II str. 281.

¹⁸⁾ Konkurrenz I str. 143 a násl.

o dva tutory, (dopustivší se dolu). Je myslím jasné, že v obou případech Ulpian má na mysli actio depositi a actio tutelae (arci v obou případech měla v právu klasickém již litiskontestace účinek konsumční a jde tedy o dvě paralelní interpolace).

Proto také citovaný text D 27, 3, 15 nemá pro nás problém v oboru klasických actiones poenales valného významu. Vratme se nyní k textu, jehož souvislost s „actio rationibus distrahendis“ jest nesporná, totiž l. 54 § 1 D 26, 7. Že Binder považuje jej za interpolovaný v celém rozsahu, a pokud se týče merita, zastává kumulaci předmětu, bylo již řečeno. Betti¹⁹⁾ shledává naopak tu doklad „come la questione della solidarietà tra contutori, nella legittimazione passiva al actio rationibus distr. nel caso di furto comune, fosse stata già posta da Trifonino in D 26, 7, 55, 1 respingendo l' analogia con gli altri fures“ a dodává pak „inserzione, fatta dai compilatori, die una decisione, (concorso satisfattorio con la conditio ex causa furtiva) non rispondente alla questione posta); z těchto poznámek soudím, že považuje za interpolovanou pouze poslední větu „nemo denique dicet...“ Bonfante považuje za interpolovaný celý fragment od „sed tutores“ a odůvodňuje názor ten logickým odporem mezi první a druhou částí textu: Nejprve považuje se za nespornou věc, že spoluporučníci dopustili se krádeže, v závěru se však mluví o špatné správě poručenské. Ze stanoviska stylistického uvádí „contractare eam“. „l' éam si riferisce alla res rubata, o all' administratio, che è il termine prossimo?“ (str. 12.)

Myslím, že nemůže býti pochyby, že text jest interpolován, jmenovitě v druhé větě; klasičtí právníci nevyjadřovali se tak kompromisně, tak nejistě, jak by se zdálo z formulace „non tam invito domino contractare — quam perfide agere“. Buď se jednalo o „contractare“, nebo ne, ale nějakých středních, fluxních pojmů nebylo. Základ actionis rationibus distrahendis byl zcela určitý „qui in tutela gerenda... rem ex bonis pupilli abstuerit“.²⁰⁾ Tudíž nějaká neurčitost ohledně základu této actio nebyla myslitelná. Naproti tomu spíš bychom očekávali jakousi pochybnost ohledně otázky, zda v našem případě actio poenalis jest všim, co se poskytuje poškozenému, či zda se mu poskytuje též jiný právní prostředek náhradní. Tato otázka byla klasickým právníkům u mnohých žalob sporna a proto velice nás překvapuje tak apodiktická, určitá formulace „nemo denique dicet“, tak jakoby se to rozumělo samo sebou. Dobře tudíž vystihl Binder ráz interpolace tohoto textu, že kompilatoři tu přeměnili actio rationibus distrahendis v kvalifikovanou actio tutelae. Zás tu vidíme ono, pro kompilatory tak charakteristické eliminování dolu z facta, které tvoří actio, a trestání tutora pro dolus. Obraty „propter admissam administrationem“ „perfide agere“ kompilatoři zřejmě

¹⁹⁾ Betti L'efficaccio... str. 33.

²⁰⁾ Paulus 8 ad Sab. D 27, 3, 2, pr, srov. též Karlova II 23.

opouštějí onen určitý a obmezený skutkový podklad, který tvořil základ pro actio rationibus distrahendis. Pokládáme-li za jistou interpolaci celé druhé věty našeho textu, počínaje od slov „sed tutores“, jsme tím ovšem logicky vedeni k domněnce, že i první věta byla stylisticky změněna. Rekonstrukce její jest velice obtížná. Soudil bych, že zněla asi takto: „Si tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum singuli in solidum teneantur, et, quamvis unus duplum praestiterit — nebo snad „conventus fuerit“ — nihil minus etiam alii teneantur: („et puto teneri“ Triphoninus).

Pozn. K pravému smyslu právě cit. textu o actio rat. distrah. pomáhají nám dokonce Basiliky a byzantská scholia. Hagiotheodorites²¹⁾ odvozuje z tohoto místa kumulativní zodpovědnost všech pachatelů.“

Δύο σοι μόνον θέματα εἶπον, ἐν οἷς μίαν κλοπὴν πολλοὶ ποιήσαντες πολλὰς ποινὰς διδόνασιν, τὸ τε τῶν ἐπιτροπέων ὡς βιβλῆ' τιτ. ε' κεφ. νθ' θεμ' β' (37, 7, 54, 2 = D 26, 7, 54, 2) καὶ τὸ τῆς δοκῶ, ἣν ὁ καθέμα βασιτάζειν οὐκ ἐδύνάτο, ... Text Basilik, nás zajímající, pak zní Bas. 37, 7, 54, 2 „καὶ περὶ τῶ εἰ κλέψωσιν οἱ ἐπιτροποὶ πράγματα ἀνήθου, εἰ τὶ ἐνέχεται ἕκαστος.“

Právo byzantské, jak se zdá, přesunuje případ na actio furti. Než právě i tu jest důkaz, že poena původní actio rationibus distrahendis se kumulovala v případě spolupachatelství. Správně pak vyjádřena znamenala kumulace i zde vyloučení konsumčního účinku litiskontestace, s jedním spolupachatelem provedené.

8. Actio proti tomu, „qui cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicitur“.

Na spolupachatelství se vztahuje text Ulpianův XII ed. D 27, 6, 7, 4.

„Si plures sint, qui auctores fuerunt, perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione.

a text Paulův XII ed D 27, 6, 8

et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandum in id quod deest Sabinus scribit.

Eisele, Alibrandi a z mladších autorů Betti²²⁾, konstruují původní text takto: Si plures sint, qui auctores fuerunt, (perceptione ab. intp.) (litis contestatione cum — Alibrandi, Betti) uno facta ceteri liberantur [(non intp.) electione (Betti: původní, ostatní intp.)] Et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos (non intp. Eisele, Betti) denegandam in id, quod deest. Betti poznamenává „carattere dell' actio in falsum tutorem auctorem quale azione di risarcimento del danno (D 27, 6, 7, pr).

²¹⁾ Heimbach V str. 447.

²²⁾ L'efficaccia... str. 36.

Naproti tomu Bonfante²³⁾ odvozuje z deliktní povahy této a actio, že ani solutio, se strany jednoho nepravého tutora neosvobozovala ostatních, „quanto alla legge di Paolo il collegamento appartiene ai compilatori. Tuttavia può ben essere che la legge si riferisce allo stesso argomento, e in tal caso nel testo genuino si dovrebbe, per esempio, sostituire etsi al si, et sopprimere gl' incisi „nihil aut non“ e „in id quod deest“: non però il „non“ avanti a „denegandam“ come invece si suol ritenere“.

Bliže prokázati kumulaci jest v našem případě za daného stavu pramenů nemožno. Nezbývá, než z existence ostatních poenalních účinků, t. j. z noxality, anality a vyloučeného pasivního přechodu dědického, které jsou v našem případě prameny prokázány, dedukovati, že i zbývající znak poenality, totiž kumulace předmětu, se uskutečňoval, že však jej zrušili kompilatoři, kteří v naší žalobě nespatořovali „čisté“ trestní žaloby, čemuž dali výraz v liberatorním účinku placení vůči spolupachatelům. Není tedy vyloučeno, že Ulpian psal: „Si plures sunt, qui auctores fuerunt, unius electione ceteri non liberantur“; při tom nutno si uvědomiti, že v klasickém právu dalo se mluvíti o konsumčním účinku t. zv. electio jen potud, pokud tímto nepřesným termínem jest mlčky vyjádřena i litiskontestace, jako následek oné electio. (Srv. Bonfante cit. str. 18, 19.)

9. Zbývá zmíniti se o tom, jak nahlízejí byzantští právníci na problém kumulace poeny.

Z toho, že v případě spolupachatelství má místo kumulace předmětu, dokazují, že actio jest poenalis, kdežto z toho, že zaplacení jednoho pachatele osvobozuje ostatní, dokazují, že actio jest mixta.

To je patrno na př. ze scholia²⁴⁾ k D 47, 4, 1, 19 — Bas 60, 13, 1, 19. Σημειώσαι καὶ ἐκ τούτου, ὅτι ποιναιλία ἐστίν. εἰ γὰρ ἢ μίξτα, οὐκ ἐνελεχτο ἕκαστος εἰς τὸ διπλοῦν.

Rovněž v tom směru je zajímavé sch. 1 Hb. V 556 (Bas 60, 16, 6) actio arborum furtim caesarum.

V právu klasickém byla nesporně zde přípuštěna kumulace. Praví se sice jen „in solidum agetur“; ale z toho, že v následující větě, zahájené důrazným „at“, se jasně praví „una et semel poena praestabitur“, odvozují arg. a contrario, že v první větě „si plures ceciderint“, byl vyjádřen — nebo aspoň mlčky zahrnut — pravý opak, tudíž kumulace poeny. To arci nevycitují již byzantští, jak je viděti ze scholia shora označeného; pro ně jest actio mixta ἕκαστος αὐτῶν εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεται.

Ἡ δὲ καταβολὴ τοῦ ἐνὸς ἐλεῦθεροῦνται καὶ οἱ λοιποὶ καὶ εἴητι παραμοιον ἐν τῷ... (10, 2, 13)... ἐνθα διδάσκων ὁ νομοθέτης περὶ τῆς μέτους καθῶσα, ἣτις ἐστὶ μίξτα, τουτέστι, καὶ ποινὴν καὶ πράγμα ἀπαιτοῦσα, καὶ ἀρμοσοῦσα καὶ εἰς τὸ τετραπλοῦν, καὶ φήσιν,

²³⁾ Str. 223.

²⁴⁾ Heimbach V 545.

διὰ πολλῶν βιασαμένων εἰ ὁ εἷς δῶ τὸ τετραπλοῦν ἐλευθεροῖ καὶ τοὺς λοιποὺς, καὶ λοιπὸν ἀδιαστρίτως λέγει καὶ ἐπὶ τῆς παρούσης ἀγωγῆς τῆ τοῦ ἐνὸς καταβολῆ ἐλευθεροῦσθαι καὶ τοὺς ἄλλους. διότι καὶ ἡ παρούσα οὐκ ἔστι καθαρῶς ποινά, ἀλλὰ μίξτα. τῷ γὰρ διπλῶ καὶ τὸ πρᾶγμα συγκρίται, ὥσπερ καὶ κείσε τῷ τετραπλῶ σύγκριται τὸ πρᾶγμα.

Scholio toto jest velmi poučné, neboť formuluje nám nepokrytě onu doktrinu, která byla základem shora uvedených interpolovaných případů t. zv. pouhé solidarity. Byla to doktrína o „actio mixta“. Útvar tento vznikl jak známo především proto, aby jím byly vyjádřeny nové názory byzantské o předmětu žalob z deliktu, aby jím bylo manifestováno, že jde o žalobu z delikta směřující k náhradě škody a vedle ní též k pokutě. Útvaru toho bylo používáno především k vysvětlení aktivního přechodu žaloby trestní na dědice postiženého; kompilatoři v tomto směru nezaváděli meritorních změn vůči právu klasickému, ale pomocí actio mixta došli k novému, modernímu odůvodnění. Útvaru actio mixta bylo dále používáno k vysvětlení jednotlivých případů, většinou kompilatory zavedených, kdy dědic pachatelův ručil do míry obohacení z deliktu. Konečně v téže actio mixta bylo nalezeno právní odůvodnění pro jednotlivé případy t. zv. pouhé solidarity mezi spolupachateli, případy vesměs kompilatory zavedené.

VII.

PROBLÉM NOXALITY V JEDNOTLIVÝCH SPORNÝCH PŘÍPADECH.

1. Především nás zajímá, do jaké míry se uskutečňoval princip noxality v případě deliktu filia familias.

Podle zprávy Gaiovy IV 75 actiones noxales „proditae sunt“ stejně „ex maleficis filiorum familias“ jako „ex maleficis servorum“. Arci, přesně vzato, jest tím prokázána noxální zodpovědnost pro delikt filia familias jen v případech pravého „maleficia“ a to byly pouze furtum, iniuria, damnum in. d. a rapina. V těchto případech jest ale noxální zodpovědnost jista a zaráží nás divergence, s kterou se setkáváme v D 47, 8, 2, pr „item si servus fecisse dicetur“ Ulp., ježto bychom očekávali „servus aut filius familias“ (rapina!). Zmínka o „filius familias“ byla patrně kompilatory vypuštěna.

Právě tak uskutečňoval se princip noxality, jednalo-li se o delikt (v šir. sm.) praetorský, jehož se dopustil filius familias. Praetor poskytoval své actiones in factum poenální proti otci pachatelovu „cum noxae deditio“. Doklad toho máme v l. 9 § 1 D quod falso tut. auctore g. es. dic. 27, 6, kdež se uděluje actio noxalis, spáchala-li čin osoba „quae alieno iuri subiecta est“, čímž jest arci míněn i filius familias. Jiným nepřímým, ale velmi cenným dokladem jest l. 49 D 44, 7 „quo casu etiam cum filius familias aut servus...“ z něhož plyne argumento a contr., že v případě antithetickém, t. j. jde-li o dolus deliktní, přísluší actio noxalis též nomine filii familias; dále l. 17 pr D 39, 2 kdež se mluví všeobecně o osobě „in aliena potestate“, konečně l. 5 § 6 D 44, 7, kdež jest jasně vyjádřeno, že zásadně týká se noxální obligace jak otroka, tak filia fam.¹⁾

Že pak nemáme jiných, jmenovitě přímých dokladů, vysvětluje se jednoduše tím, že kompilatoři v textech o noxalitě jednajících, ve většině případů vypustili zmínku o filiu fam., aby uvedli je v soulad s právem Justinianovým, jež nezná noxality

¹⁾ Srov. též ohledně interdiktů D 43, 1, 5 „Interdicta noxalia ea sunt, quae ob delictum eorum, quos in potestate habemus, dantur, veluti cum vi deiecerunt, aut vi aut clam fecerunt.

v případě deliktu filia fam. Na druhé straně nutno též uvážit zprávu Institucí IV, 8, 7 i. f. „cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri“. Není pak nesnadno nalézt nějaký doklad tohoto tvrzení Justinianova v právu klasickém. Tak Ulpian praví „tam ex contractibus, quam ex delictis in filium familias competit actio (D 5, 1, 57) a podobně Gaius „filius familias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest“ (D 44, 7, 39). Mohl se tudíž filius familias platně zavazovat a tudíž býti žalován jak z kontraktu, tak z deliktu, a poněvadž iudicium mělo pro žalovaného zavazovací povahu kontraktní (ut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi D 15, 1, 3, 11), vzhledem k tomu, že actio iudicati proti majiteli moci do obnosu peculia. Vedle toho ovšem měl postižený deliktů žalobu proti majiteli moci jako actio noxalis. Tento starobylý princip, který si zachoval i u synů svůj zásadní význam, třebaže prakticky ovládl režim samostatné zodpovědnosti filia fam. a obmezené majetkové zodpovědnosti otcovy co do peculia a pod., jest právě touto svou neseslabenou formální zásadností cenným dokladem původu římské obligace, jmenovitě deliktů. Jest však otázka, do jaké míry byl princip ten prolomen i formálně, v kterých případech pozitivní právo klasické výslovně vyloučilo noxalitu v případě deliktu filia familias.

2. Které to byly případy? Myslím, že to byl především případ t. zv. „effusum vel deiectum“. V nové literatuře se ovšem namnoze uvádí, že právo klasické připouštělo v tomto případě actio noxalis též pokud šlo o filia familias a považuje se l. 1, § 7 D 9, 3, které noxalitu vylučuje a stanoví přímou zodpovědnost filia fam., za interpolovaný. Myslím, že tyto autoři nerozeznávají přesně dvou případů, které se zde vyskytují a které byly různě řešeny. První případ jest: filius fam. dopustil se kulposně činu offusum, deiectum, sám něco vyhodil z bytu otcova; tu tento ručí osobně a nikoli noxálně „ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi, aut liberi“. Věta „si insciente domino servus fecisse dicitur“ nevztahuje se na filia fam. a jest ostatně interpolována. Druhý případ jest, že bylo něco vyhozeno nebo vylito z bytu filia familias, který „seorsum a patre habitaverit“. Pro tento případ rozhoduje nejen l. 1 § 7 D 9, 3 (Ulp. 23 ed.) „in ipsum itaque filium haec actio competit“, ale i Gaius 3 aur. (D 44, 7, 5, 5) „Juliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam actionem, sed cum ipso filio agendum“ a totéž rozhodnutí nacházíme v Institucích IV, 5, 2. Snad by se dalo formálně lecos vytknouti prvému z těchto tří textů,²⁾ na-

²⁾ Srovnání s D 44, 7, 55 „Juliano placuit...“ vede k tomu, téměř jistěmu důsledku, že vzhledem ku quasideliktů povaze obligace Ulpian zabýval se otázkou noxality, jež se sama sebou podávala secundum rationem iuris.

proti tomu druhé dva texty jsou zcela nezávadné a tudíž do-
mněnka interpolace není odůvodněna. Považují tedy za jisté, že
quasideliktů ručení filia fam. jako samostatného nájemníka bytu
za objektivní skutečnosti effusum vel deiectum a positum vel
suspensum nebyla provržena ručením jeho otce s výhradou no-
xae deditio, že následkem zvláštní povahy této praetorské obli-
gace (quasideliktů) byla noxalita tu vyloučena.

Jiným jest ten případ, jež uvádějí Instituce IV 5, 2 „quod
et in filio familias iudice observandum est qui litem suam fe-
cerit“ s obmezením uvedeným v l. 15 D 5, 1.

Pampaloni³⁾ považuje celou stať od „in tantam quantitate
tenetur...“ za interpolovanou.

3. Přístupme nyní k další sporné materii v problému no-
xality a všimněme si jednotlivých „actiones poenales“, jež vylučují
nebo modifikují princip noxality. A priori jsme vedeni k do-
mněnce, že tyto modifikace jsou výtvozem kompilatorů, poněvadž
těžko by bylo smířiti se s faktem, že princip noxality nebyl
důsledně proveden. Rozluštění leží v kritické exegesi jednotlivých
sporných textů.

4. Actio albi corrupti.

Ze znění l. 7 §§ 1—3 D 2, 1 zdá se vyplývat, že noxalita
nebyla zde připuštěna. Avšak Lenel⁴⁾ uvádí, že jde patrně o in-
terpolaci („in servus... corpus torquendum est“ a spojuje s touto
actio fragmenty 3, 5 a 7 D de noxalibus actionibus 9, 4, které
lze těžko spojit s jinou actio.⁵⁾)

5. Actio doli.

Ulp. XI ed. 4, 3, 9, 4a: Haec de dolo actio noxalis erit:
ideo Labeo quoque libro trigensimo praetoris peregrini scribit de
dolo actionem servi nomine interdum de peculio, interdum noxalem
dari. nam si ea res est, in quam dolum commissus est, ex qua
de peculio daretur actio, et nunc de peculio dandam; sin vero
ea sit, ex qua noxalis, hoc quoque noxale futurum.

Text tento jest předmětem četných kontrovers. Doktrina
starší snaží se o vymezení případů takové actio doli de peculio,
doktrina moderní namnoze snaží se dokázat interpolaci tohoto
textu.

Tak Faber⁶⁾ vymezuje actio doli de peculio podle Accursia
takto: „si dolum servi dederit causam contractui bonae fidei, ut
proinde actio ex eo contractu qui ipso iure nullus fit, superesse
nulla possit. Alter, si cum servo tuo initus est contractus inno-
minatus, facio ut des, et postea quam feci, cesses dare. Hoc
enim casu licet negotium gestum sit et contractus intervenit,

³⁾ Studi sopra il delitto di furto II, str. 76.

⁴⁾ Ed. perp. str. 57.

⁵⁾ Interpolace tato upomíná na obdobnou interpolaci o titulu „De his, qui
effuderint vel deiecerint“ D 9, 3, 1, 8 i. f. „sed ego puto impunitum servum esse
non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum“ (Faber).

nulla tamen nascitur actio, ne quidem incerti ex praescriptis verbis, sive civilis, sive praetoria, sed tantum de dolo. Non erit tamen hoc casu actio de dolo noxalis, quia nascitur ex negotio gesto, et ex ea causa, ex qua, si alia actio competeret, danda esset de peculio“.

Pernice⁶⁾ vztahuje eventualitu kondemnace de peculio z actio doli na ty případy, kdy tato žaloba tvořila doplněk smluvního systému, kdy poskytovala se žaloba tato z úmluv, jež nemohly býti považovány za „contractus“.

Girard⁷⁾ vykládá různé vlastnosti žaloby z dolo, a tedy i znak nás právě zajímaví, zvláštní povahou její: jeví se — ještě více než actio quod metus causa — jako žaloba náhradní, pocházející z deliktu, jest částí právního systému organisovaného ku zrušování vadných právních jednání.

Naproti tomu italská doktrina pokládá toto místo za interpolováno. První to byl Pampaloni,⁸⁾ který prohlásil celý text od „interdum de peculio“ až do „noxale futurum“ za interpolaci. Odvodil to z analogických případů actio Fabiana a Calvisiana: při nich stačí dolus na straně zcizujícího, následkem čehož tyto žaloby mohou býti — podle okolností — buď de peculio, nebo noxální; snad tedy tato distinkce zavdala podnět k podobné distinkci v případě actio doli.

Biondi,⁹⁾ autor tvrzení, že actiones arbitrariae a soudcovské arbitrium de restituendo v oboru soukromých žalob trestních jsou právu klasickému neznámy, posuzuje interpolaci našeho místa z tohoto svého stanoviska. „Justinian ustanovuje ve fr. 17 D 4, 3, že „non tamen semper in hoc indicio arbitrium iudicis dandum est“, rovněž ve fr. 4. Tudíž není vždy žalovanému dovolena resp. možna restituce věci, t. j. není vždy účelem žaloby, aby restituci věci byl znovuzřízen původní stav majetku poškozeného. S tímto prostředím myšlenkovým souvisí distinkce fr. 9 § 4a, dle něhož přísluší actio doli někdy de peculio, jindy noxaliter. Přísluší de peculio, je-li žaloba náhradní, t. j. může-li žalovaný restituovati věc; v opačném případě však přísluší cum noxae deditio, neboť tehdy jest žalobou trestní.“

Uvedené názory jednotlivých autorů, kteří se snaží o výklad naší záhadné distinkce actio de peculio — actio noxalis, se jistě hodně liší celým pojetím navzájem od sebe, v jednom se však shodují, nevycházejí z oblastí vlastní actio de dolo (deliktní) a tak vnášejí do této oblastí případy, kdy actio de dolo jest reipersecutorní, a kdy jest penální (na př. Pernice, Girard, Biondi).

V tom je však zásadní omyl. Byla-li actio de dolo v jistých případech penální a tudíž noxalis, v jiných reipersecutorní a proto

i de peculio, proč nebyla činěna táž distinkce co do problému pasivního přechodu dědického a spolupachatelství? Tam, kde actio de dolo byla reipersecutorní a „de peculio“, tam logicky bychom očekávali, že přecházelo na dědice in solidum. Tohoto rozeznávání však neznají ani klasičtí právníci, ani kompilatoři. Dále myslím, že Biondiho výklad též jinak odporuje stavu práva Justinianova; zde jest pravidlem: „arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur“ kdežto případy, kdy „arbitrio iudicis dandum non est“ jsou poměrně výjimkou. Nelze tudíž noxalitu actionis de dolo (zjev normální) obmezovati na vyjimečné případy, kdy nemá místa arbitrium iudicis.

Chceme-li zjistiti dosah naší sporné distinkce, nesmíme se obmezovati na obor vlastní actio de dolo. Jakýsi — arcif slabý — argument k tomu podává se již z textu. Nejprve se mluví o vlastní actio doli „haec de dolo actio noxalis erit“, pak se mluví — jaksi v širším významu — o „de dolo actio“ a tu myslím, můžeme rozeznávati actio ex dolo z různých poměrů kontraktních, a vlastní actio de dolo (deliktní). Z celé oblastí actio de dolo (v nevlastním smyslu) jest noxalis haec de dolo actio t. j. deliktní, ostatní žaloby z dolo v poměrech kontraktních) jsou peculiarní.

Tento výklad nutno nyní prokázati. V četných místech Digest srovnává se dolus kontraktní s dolem deliktním. Velmi zajímavý případ poskytuje na př. D 16, 3, 7, 1

„datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum: quaquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persequutione descendit, ideoque in solidum unus heres tenetur...“

Zde se srovnává dolus deliktní s dolem kontraktním, a to depositářovým, co do problému pasivního přechodu dědického a činí se v tom směru rozdíl. Veškeré případy dolo deliktního jsou zde zahrnuty slovem „alias ex dolo“, na rozdíl od jednotlivých případů obligací z kontraktu, zahrnutých slovy „dolus ex contractu reique persequutione descendit“. Představme si, že by šlo o srovnání týchž případů co do problému ručení majitele moci. Jistě by stylisace dopadla stejně (quamquam enim alias ex dolo servi dominus non tenetur nisi cum noxae deditio tamen hic dolus ex c. r. d., ideoque de peculio tenetur“) a to by byla parafrase našeho textu, uměle konstruovaná. Skutečnou parafrasi nacházíme v l. 49 D 44, 7: „cum filius familias aut servus (scil. apud quem depositum est) dolo fecerit, de peculio actio datur, non noxalis, tím jest prokázáno bezpečně, že jsme oprávněni aplikovati na případ cit. D 16, 3, 7 i problém noxality právě tak, jak jsme učinili, — čímž jsme došli k cenné a jasné parafrasi toho, co Labeo v cit. D 4, 3, 9, 4a nejasně naznačuje. Z uvedených textů vyplývá: Je-li důvodem obligace osoby poddané kontrakt, vzniká z ní pro majitele moci ručení de peculio, je-li

⁶⁾ Labeo II, 1, str. 202.

⁷⁾ Droit romain 1918, str. 432.

⁸⁾ Studi sopra il delitto di furto II, str. 74.

⁹⁾ Studi sulle actiones arbitrariae 1913. str. 98, 99.

důvodem obligace delikt, ručí majitel moci cum noxae deditioe. Přeneseno na případ dolu: jestliže dolus poddaného nejvíe jako factum samo pro sebe (Levy), nýbrž jako porušení kontraktního poměru, takže kausou žaloby jest právě onen kontrakt, který byl porušen, ručí majitel moci de peculio; je-li naproti tomu kausou žaloby dolus jako factum samo o sobě, delikt, ručí majitel moci cum noxae deditioe. Causa actionis, takto jsou pojata jako důvod vzniku obligace, nikoli jako skutečnost porušující obligaci (srv. Levy, Konkurrenz 85 násl.) jest v prvním případě kontrakt, ve druhém delikt. Třebaže jsou si právníci dobře vědomi rozdílu těchto dvou kategorií, snad právě proto, aby ji akcentovali, eliminují to společně, co mají žaloby z kontraktu i z deliktu, dolus, a činí pak různé zásadní důsledky z toho, jeví-li se jim dolus jako skutečnost zapadající do poměru kontraktního, či jako factum samo pro sebe. V prvním případě stanoví neobmezené ručení dědicovo, ručení majitele moci de peculio, ve druhém ručení dědicovo do míry obohacení,¹⁰⁾ zodpovědnost majitele moci cenu noxae deditioe. Pomocí těchto kritérií a jedině pomocí jich lze porozumět Labeově myšlence „de dolo actionem servi nomine interdum de peculio, interdum noxalem dari“. Slova „de dolo actionem“ mají široký význam toho, co jest na př. v cit. již D 16. 3, 7, 1 vyjádřeno dvěma výrazy: „dolus ex contractu reique persecutione“ — „alias ex dolo“. Ta žaloba „ex dolo“, jejíž causou jest poměr kontraktní, poskytuje se proti majiteli moci de peculio, ona žaloba „alias ex dolo“, t. j. když dolus jest samostatnou causou žaloby, poskytuje se proti majiteli moci jako actio noxalis. Tím tedy jest vyložen smysl Labeovy distinkce a dle mého názoru i vyvrácena domněnka věcné interpolace. Formálně asi není text bezvadný, hlavně odůvodnění „nam si ea res...“ vyniká neobyčejnou nejasností, věcně však není příčiny zavrhnouti distinkci Labeovu jako interpolaci.

6. Actio de effusis vel deiectis.

Problém noxality týká se tu podle obsahu Ulpianova komentáře D 9, 3, 1 dvou případů:

a) servus (nebo patrně i filius fam.) insciete domino fecisse dicitur (sc. effudit vel deiecit) l. 1 pr. eod.

b) „servus — vel filius“ — habitator est l. 1 §§ 7 a 8 D eod.

Pokud se týče případu a) jest spor v doktríně, jaký dosah mají slova ediktu „si servus insciete domino fecisse dicitur“, Lenel¹¹⁾ je pojímá „nicht als eine Klagbehauptung, sondern als eine von den haltbaren habitator vorgebrachte Entschuldigungsbauptung, eine exceptio, die... wenn beviesen, facultas dendi gewährt“. Naproti tomu Karlowa¹²⁾ zastává, že cit. slova ediktu se vztahují na actio de effusis, jakožto actio noxalis.

¹⁰⁾ Praetorská netrestní actio in factum, srov. kap. IV ad 6.

¹¹⁾ Ed. perp. str. 158.

¹²⁾ Röm. Rechtsgeschichte II, str. 1355.

„Uvádí-li žalobce, že čin spáchal otrok majitele bytu, může býti poskytnuta žaloba proti pánovi jen jako actio noxalis“.

Myslím, že kontroverze ohledně cit. místa má hlubší dosah. Považují celou větu „si servus insciete dominus fecisse dicitur, in iudicio, adiciam: aut noxam dedere“ za interpolovanou, a to z těchto důvodů:

Skutkový základ actionis de effusis et deiectis nepojímá klasické právo římské osobně, na př. formulaci „si quis effudit vel deiecit“, nýbrž neosobně, formulujíc jej slovy „unde deiectum vel effusum erit“, (l. l. pr. D eod.) Nejde tu tedy o delikt „effudise vel deiecisise“, nýbrž o penální ručení majitele bytu za událost „effusum vel deiectum“, ať jí lze přičísti k vině komukoliv. (Habitator suam suorumque culpam praestare debet D 9, 3, 6, 2). Tudíž římské právo neformuluje případ spolupachatelství snad konstrukcí „si plures effuderint vel deiecerint“, nýbrž se stanoviska penálního ručení majitele bytu, „si plures in eodem cenaculo habitent“. Gaius 3 aur D 44, 7, 5, 5 praví „ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerunque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi“. Tím dává Gaius srozumitelně na jevo, že nejde tu o delikt, „effudise vel deiecisise“, nýbrž o poenální ručení majitele bytu za událost, ležící v příčinném vztahu k činnosti buď svobodného ručil neobmezeně, za činnost otroka pouze „cum noxae deditioe“. Analogie s D 47, 5, 1, 5, nemá valné ceny, neboť toto místo jest patrně interpolováno, jak dokázal Messina Vitrano (bude ukázáno ještě později). Možno však poukázat ještě k jednomu argumentu: což, když „familia servorum effudit vel deiecit?“ Jest pán povinnen zaplatiti litisaestimaci za všechny, resp. vydati noxae celou familii, či stačí, vykoná-li jednu tuto eventualitu ohledně jednoho? Postrádáme pozitivního rozhodnutí, a právem. Základem naší actio nebylo „effudise vel deiecisise“, nýbrž effusum vel deiectum esse“, takže kdo to byl, který „effudit vel deiecit“, kolik bylo těchto osob, bylo zcela irrelevantní. Vzniká ovšem otázka: Proč kompilatoři zavádějí případ noxality, „si servus i. d. fecisse dicitur“? To vysvětlují tím, že kompilatoři na druhé straně vyloučili — jak ihned uvidíme — pravý klasický případ noxality „cum servus habitatur est“. Co je tedy přirozenějšího, než že náhradou za to (aby zachovali noxalitou penální ráz naší actio), zavedli noxalitu v novém případě. A nyní se zabývejme klasickým případem noxality.

Tu doktrína (především Faber,¹³⁾ a podle něho i jiní, na př. de Francisci,¹⁴⁾ Pampaloni¹⁵⁾ vidí — nečiníce arci distinkce, kterou jsme právě ukázali — v případě § 8 a považuje § tento za in-

¹³⁾ Rationalia k cit. textu.

¹⁴⁾ Str. 61.

¹⁵⁾ Cit. str. 75.

terpolovaný. Stačí citovati Fabera „Puto tamen ... haec postrema verba (sc. sed ego puto atd.) esse Triboniani, fortassis totus etiam § adeo male et inconcinnus scriptus est ... Et sane verius videtur omnimodo teneri dominus actione noxali sive servus habitator et conductor aedium deiecerit ipse, sive alius. — Sed et falsa et inepta est ratio illa „cum servus nihil nocuerit“. Nec enim verba edicti concepta sunt in personam eius qui nocuerit, sed in rem, „si vivet nocitum que ei esse dicetur“. Tyto argumenty jsou — s výhradou toho, co bylo řečeno shora — správné. Znalo tudíž římské právo noxalitu actionis de effusis et deiectis, a docházelo k ní, byl-li servus habitator, kdežto v případě, že „filius fam. cenaculum conductum habuit unde deiectum vel effusum quid sit“, byla poskytována actio proti němu samostatně, jak již shora bylo ukázáno a vysvětleno.

7. Actiones in factum in duplum pro furtum nebo damnum contra nautas, caupones, stabularios.

Vedle žaloby z recepta udělovalo praetorské edictum proti provozovatelům živnosti loďařské, hostinské atd. pro delikty furtum a damnum, při provozování spáchané, buď od provozovatele, nebo osob k provozování přibraných, actiones in factum in duplum.¹⁶⁾

Pro náš problém zajímají nás tyto actiones v několika směrech.¹⁷⁾ Především jest rozhodnouti, byly-li poskytovány tyto actiones jako noxales tehdy, když furtum nebo damnum spáchal otrok nebo filius familias v živnosti provozované majitem moci.

Ze zásady „debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint, sive servi, factum praestare (D 4, 9, 7 pr) odvozují, že nikoliv. Bylo nerozhodno, zda furtum nebo damnum spáchal k živnosti přibraný svobodný, či otrok; exercitor tenetur i pro delikt otrokův. Základem žaloby není zavinění, nýbrž ručení za delikt spáchaný při provozování živnosti osobami k tomu přibranými. Teprv kompilatoři, jak dokázal naposled Messina Vitrano,¹⁸⁾ odůvodňují zodpovědnost exercitorovu jeho zaviněním ve výběru osob v živnosti zaměstnaných, jsou pak interpolovány s tohoto stanoviska tyto fragmenty: „culpa scilicet suae, qui tales adhibuit“, „nam cum alienos ... adhibuerit“ (D 4, 9, 7, 4) a celá stať „cur ergo ... paratus sit“ (D 47, 5, 1, 5). Právě proto ale, že základem poenální zodpovědnosti exercitorovy nebyla „culpa in eligendo“, nýbrž přibrání loďníků do živnosti na vlastní risiko, a že týž princip platil jak ohledně svobodných, tak ohledně

¹⁶⁾ Srovn. D 47, 5, 1 ohledně furta, D 4, 9, 7 ohledně deliktu damnum iniuria datum, D 44, 7, 5, 6 a J IV, 5, 3 ohledně obou deliktů.

¹⁷⁾ Ze speciální literatury sluší uvést: Messina Vitrano; Note intorno alle azioni in factum di danno el di furto, Palermo 1909, Pampaloni; Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto, Studi Senesi XVII.

¹⁸⁾ Note... str. 25 a násl., srovn. též Eisele Arch. Ziv. Prax. 84, str. 231, Pampaloni cit. str. 253.

otroků, vyloučil bych pouhou noxální zodpovědnost exercitorovu pro furtum nebo damnum otroka, v živnosti zaměstnaného.¹⁹⁾

Neboť: 1. Kdyby byla pro damnum nebo furtum otrokovo zodpovědnost exercitorova omezena na pouhé noxae dedere vinníka, pak by nebyla správná zásada „debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint, sive servi, factum praestare. 2. Ručí-li exercitor bez ohledu na své zavinění ve výběru osob, nemá smyslu, aby byl činěn rozdíl, zda jde o factum svobodného či otroka, rozhoduje zde pouze to, že osoba vinníková byla přibrána k provozování. 3. Deliktem postižený mohl místo praetorské actio in duplum vznésti civilní actio furti nebo legis Aquiliae (srv. D 47, 5, 1, 3, D 4, 9, 6, 4), v tom případě byla actio noxalis, avšak ne pouze v případě, že pachatelem byl otrok, ale i tehdy, když pachatelem byl filius familias podle všeobecných zásad klasického práva. 4. Jistě byl činěn rozdíl v tom, zda se jednalo o delinquentu, k živnosti přibraného, či nepřibraného; v tomto posledním případě byla poskytována podle všeobecných zásad proti exercitorovi actio furti nebo legis Aquiliae jako noxalis, kdežto v prvním případě byla dána proti němu actio dupli, ať šlo o otroka vlastního či cizího.²⁰⁾ 5. Provozoval-li otrok živnost loďařskou cum voluntate domini, poskytovala se proti tomuto actio in factum in solidum, tedy ne pouze cum noxae deditioe nebo de peculio (srv. D 4, 9, 7, 6 i, f). Tím spíše tedy ručil v plné míře za delikty, osobami přidělenými spáchané, ten, kdož sám provozoval živnost. Bylo by jistě zvláštní, aby, kdo sám provozuje, ručil pouze cum noxae deditioe za delikty, spáchané zaměstnanci v jeho vlastní živnosti, kdežto ten, kdo dal příkaz k provozování, ručil jménem podezřelého in solidum. Věta „quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint“, odůvodňující bezvýhradné ručení pána, s jehož vůlí otrok jeho provozuje činnost, tím spíše se hodí na případ, že někdo sám provozuje živnost a jedná se o trestní zodpovědnost jménem otroka. Hlavní pak je, že klasičtí právníci konstruovali a pojímali oba zmíněné případy stejně. O jednom se praví: „Hac autem actione suo nomine exercitur tenetur... et ideo et si (sc. nautae Messina V.) decesserint, non relevabitur“ (D 4, 9, 7, 4). Totéž se praví o druhém případě: „Sed cum voluntate patris vel domini servus vel filius exercent navem vel c. v. st., puto etiam (to znamená též po smrti otroka nebo filia familias, vzhledem ke kontextu předcházejícímu) hanc actionem in solidum eos pati debere. (D 4, 9, 7, 6.) 6. Správně poznamenává Lenel,²¹⁾ že slova ediktu fr. 1 pr. D 47, 5 sama o sobě by nestačila k omezení ručení na

¹⁹⁾ V tom směru zastává Messina Vitrano zodpovědnost noxální, srovn. Note... str. 30, 33, Lenel Ed. perp. str. 323 a ostatní.

²⁰⁾ Srovn. D 4, 9, 6, 1 v rekonstrukci Pampaloniho — mihi interp. —; I. 7 § 3 D eod. odporuje všeobecné zásadě, v I. 7 pr D eod. uvedené, a jest dle mého názoru interpolován.

²¹⁾ Ed. perp. str. 323.

noxae deditio, bylo by třeba zvláštní doložky v ediktu. Tuto Lenel předpokládá, ale nijak není doložena, naopak z uvedených argumentů vyplývá, že neexistovala.

Tímto způsobem odvozují z klasické struktury základu naší žaloby in factum in duplum, že jménem otroka-delinquenty, v živnosti zaměstnaného, ručil provozovatel neobmezeně, a že tudíž žaloba nebyla poskytována jen jako noxalis. Proto pokládám za interpolované tyto fragmenty:

„Servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat“ D 4, 9, 7, 4, těsně související s další větou „nam cum alienos adhibet...“, jejíž interpolaci prokázal Messina V. jakož i „Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat“, přiléhající k dalším, dle Messiny V. interpolovaným větám „cur ergo...“

Interpolace vyplývá z argumentů, z nichž byla dokázána neobmezená zodpovědnost exercitorova za delikty, v jeho živnosti spáchané osobami příbranými, atsi svobodnými, atsi otroky. Pokud se pak týče v konkrétním případě fragmentů právě citovaných, jest pro důkaz interpolace rozhodným též to, že oba cit. fragmenty jsou spojeny s odůvodněním, myšlenkově i formálně kompilatorským; s ním tvoří jeden organický celek. Není myslitelné, že by pouze odůvodnění pocházelo od kompilátorů, kdežto věta je předcházející a s ním myšlenkově spojená, byla původní.

Kdežto tedy v případě dosud uvedeném actio in factum in duplum nebyla poskytována jako noxalis, měla místo noxalita v jiném případě, kompilatory modifikovaném, byl-li otrok provozovatelem živnosti. Zde musíme rozeznávat: buď provozoval živnost „cum voluntate domini“, pak ručil tento in solidum — D 4, 9, 7, 6 i. f.; nebo provozoval živnost „sine voluntate domini“, tu pak — šlo-li o receptum — ručil-li pán actione receptia de peculio (D 4, 9, 3, 3), šlo-li o zodpovědnost za furtum nebo damnum v živnosti otrokově spáchané, ručil pán actione in factum in duplum cum noxae deditio.

Názory zde zastávané odporují opět znění Digest, neboť podle fr. 42 D 47, 2 „si servus navem exercent non voluntate domini, de eo, quod ibi perit, vulgaris formula in dominum danda est, ut, quod alter admisit, dumtaxat de peculio, quod ipse exercitor, adiciatur (ut noxae dederet)“.

Messina Vitranio²²⁾ považuje text tento za původní a — aspoň v podstatě — správný. Uvažuje takto: Jako upravovalo právo klasické zodpovědnost majitele moci pro obligae kontrahované filiis fam. nebo otrokem, provozujícím loďařskou živnost bez jeho svolení, stejně upravovalo jeho zodpovědnost pro obligae z deliktu podaného. Citovaný text vztahuje se na furtum. Totéž přirozeně platilo i ohledně damnum iniurie datum jak vysvítá z D 4, 9, 7, 6 „... proinde si servus navem exercuit et mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum nec intra

²²⁾ Cit. st. 19, 21.

annum“. Perciocché, se nel diritto classico, del delitto di furto commesso nella nave esercitata dal figlio o dallo schiavo, senza il volere del padre o del domino, questi rispondeva con l'azione pretoria relativa, limitatamente al peculio, non poteva evidentemente non rispondere anche de peculio con la azione legis Aquiliae in factum per il delitto di danno commesso nella nave, quando il figlio o il servo ne fosse esercente senza la sua volontà“. Tudíž jest principem práva klasického trestní zodpovědnost majitele moci, obmezená na peculium provozovatele živnosti loďařské, hostinské atd. Ručí actione in factum de peculio jak za furtum, tak za damnum iniuria datum.

Tímto způsobem odmítá Messina V. jmenovitě učení Pampalonioho, že totiž kompilatoři proměnili praetorskou actio pro furtum proti „nauta, caupo, stabularius“ v actio de peculio.

Pampaloni²³⁾ považuje cit. texty za interpolované a to v těchto mezích: D 47, 2, 42, pr.

Si servus navem exercent non voluntate domini, de eo, quod ibi perit, vulgaris formula in dominum danda est, ut (interp. „quod alter admisit, dumtaxat de peculio, quod ipse exercitor, adiciatur“) noxae dederet. igitur, si manumissus sit (interp. persecutio quidem in peculio manebit adversus dominum intra annum“) noxalis ipsum sequetur.

D 4, 9, 7, 6.

Proinde et si (ins. „filius familias vel“) servus navem exercuit et mortuus est (interp. „de peculio“) non dabitur actio (ins. Ulp. „in patrem vel“) dominum (interp. „nec intra annum“).

Tyto actiones byly prý noxální.²⁴⁾ Kompilatoři mění se v actiones de peculio.

Učení Pampalonioho považují v podstatě a i v některých jeho důsledcích za správné.

Šlo tu o trestní zodpovědnost za furtum a damnum v živnosti spáchané, tudíž — právě na rozdíl od zodpovědnosti kontraktní — pán ručil za otroka-exercitora cum noxae deditio. Vsuvky Pampalonioho „filius familias vel“ „in patrem vel“ (D 4, 9, 7, 6) nepovažují však za správné; neboť čteme-li in continuo citovaný text v rekonstrukci Pampalonioho, zarazí nás ve větě „Sed cum voluntate“ zbytečné opakování subjektu „servus vel filius“, z předchozí věty již známého. Takovou stylistickou neobratnost nelze Ulpianovi přičísti. Naproti tomu výslovné uvedení subjektu „servus vel filius“ objeví se zcela účelným, ano nezbytným, uvědomíme-li si, že v předchozí větě byla řeč pouze o otroku exercitorově, a to proto, ježto patrné již právo klasické i v tomto případě vylučovalo noxae deditioem filia familias-exercitora a připouštělo pouze jeho samostatnou zodpovědnost. Tudíž klasický text Ulpianův podle všeho obmezoval se na ... „proinde et si servus

²³⁾ Cit. Studi Senesi str. 260.

²⁴⁾ Studi Senesi XVI Sopra la condictio furtiva 75 a násl.

navem exercuit et mortuus est, non dabitur actio in dominum, sed cum voluntate patris etc." (D 4, 9, 7, 6.) Jsem si ovšem vědom, že v této rekonstrukci nepřiléhá cit. text přesně k předchozí větě „in heredem autem non dabuntur“, neboť to, že „non dabitur actio in dominum“, má svou příčinu prostě v tom, že otrok jest mrtev a tudíž noxae deditio vyloučena. Proti této námitce však uvádím, že ani myšlenka „de peculio non dabitur actio in dominum nec intra annum“ — znění Digest — nepřiléhá k předchozí větě „in heredem autem non dabuntur“, nemůže se nazvatí její konsequencí, jak se domnívá Messina Vitrano, neboť pán není dědicem otrokovým a může ostatně i za života jeho odvolatí peculium. Tudíž zdá se, že sled myšlenek „in heredem autem non dabuntur“ a „si servus n. ex. et m. est, non dabitur actio in dominum“ nebyl tak bezprostřední, a následovaly-li obě myšlenky za sebou, nebylo tu asi spojovacího „proinde“.

Těž druhý, nás zajímavější text,²⁵⁾ D 47, 2, 42, pr, obmezoval se patrně na toto: „Si servus navem exerceat non voluntate domini, de eo, quod ibi perit, vulgaris formula in dominum danda est et adiciatur 'aut noxae dedere'. Igitur si manumissus sit (ipse tenebitur?)“.

Názory zde zastávané lze podepřítí analogií s případem actio de effusis et deiectis. Jak jsem se snažil dokázat, jednae o našem problému při actio de effusis et deiectis, bylo tam *bezvýhradné* ručení majitele bytu za otroky i svobodné, ručení *noxální* pak v případě, že otrok byl habitator, kdežto v případě, že filius familias samostatně obýval byt, nebylo, leč jeho samostatné zodpovědnosti. A kompilatoři zrušili noxalitu zmíněného případu a zavedli ji v případě novém, — jestliže otrok sám effudit et deiecit — v němž klasické právo jí neznalo. Docela týž stav platil v právu klasickém pro actio in factum in duplum, stejné změny provedli kompilatoři i v tomto případě.

²⁵⁾ Pampaloni Studi Senesi XVII, str. 260, vylučuje z původního textu tyto fragmenty: „quod alter admisit, dumtaxat de peculio, quod ipse exercitor, adiciatur ut“, a dále „persecutio quidem in peculio manebit adversus dominum intra annum“.

VIII.

PROBLÉM ANNALITY.

1. Také princip annality, t. j. na rok obmezené trvání žaloby, patří do původní struktury soukromých žalob trestních. Neboť je-li původ klasických, k peněžitému trestu směřujících, actiones poenales v soukromé odvětvě, pomstě poškozeného, bylo-li již ode dávna uznaným právním pravidlem, že bezformálně promínutí zrušovalo trestní následky deliktu, bylo snadno předpokládati mlčky učiněné odpuštění v tom, že postižený na delikt nereagoval, a tak došlo se k obmezenému časem trvání trestních žalob soukromých.

2. Jde nyní o to, abychom takto dedukcí získaný zákon annality soukromých žalob trestních podrobili kritice na základě dokladů pramenných. Budou nás zajímatí jednak texty, zabývající se ex professo a všeobecně otázkou annality trestních žalob, jednak texty, upravující annalitu v jednotlivých speciálních případech. Spolehlivých textů všeobecné povahy vlastně nemáme. Gaius IV, 110 nepojímá annalitu jako specifický princip žalob poenálních, nýbrž spojuje ji ne právě přesným způsobem („plerunque“) s žalobami „quae ex propria praetoris iurisdictione pendent“. Jisto jest, že pojem „actiones, quae ex propria p. i. pendent“ svým rozsahem přesahuje případy praetorských žalob trestních, neboť zahrnuje i reipersecutorní. V pokračování (111) Gaius arcí vylučuje z uvedeného širokého pojmu různé reipersecutorní žaloby, jimiž prý praetor napodobuje právo civilní, jako dědickou žalobu praetorského dědice, než tu zase pojem žalob, jimiž praetor „imitatur ius civile“ jest svým rozsahem užší, než pojem žalob reipersecutorních, neboť na netrestní actiones in factum není tu pamatováno. Na konec poznamenává Gaius, že praetorská actio furti jest perpetua; třebaže to vyzdvihuje jako výjimku, odůvodněnou starou poena capitalis, přece ani tím nedává mlčky na jevo, že proti této výjimce by byla platila annalita trestních žalob jako pravidlo, neboť zřejmě staví tuto výjimku současně s jinými (žaloba praetorského dědice) proti pravidlu, že žaloby, pocházející z praetorské iurisdikce jsou „druhdy“ annální. Druhý text všeobecné povahy jest známé místo Cassiovo

Paulovo, D 44, 7, 35. Ve skupině žalob praetorských uvádí Cassius co do annality tyto distinkce „quae rei persecutionem habeant“ (přisluší i po roce a přecházejí pasivně i proti dědici) a „ceterae“ (annální a pasivně nepřecházejí proti dědici). Všecko záleží na výkladu slov „rei persecutionem habeant“: jest je vykládati v technickém jich smyslu,¹⁾ takže vyjadřují náhradní povahu žaloby, pravý opak poenalitý? Či jsou užita v přeneseném a tedy výjimečném významu, znamenající žalobu trestní s funkcí náhradní? Nebo konečně je v nich idea t. zv. actio mixta? Mimo to i to jest sporno, zda byla vůbec shoda mezi Cassiem a Paulem ve výkladu uvedeného termínu. Co rozuměl jím Cassius, jest vzhledem k stručnosti jeho definice nerozluštitelno. Paulus interpretuje jej patrně v prvním uvedeném smysle. To potvrzují uvedené jím příklady: kontraktní žaloba proti bonorum possessori, actio Publiciana, to potvrzuje i actio doli, zvolená za příklad skupiny „ceterae“, to potvrzuje i okolnost, že „ceterae“ charakterisují se zde vyloučením pasivního přechodu dědického, což jest znakem všech poenálních žalob. Tím bychom dospěli k tomu, že Cassius a dle něho Paulus spojovali annalitu s praetorskými žalobami trestními. Tím ale nepovažují ještě princip tento za prokázaný pro právo klasické. Neboť nejasná dikce Paulova, zaviněná tu i zasáhnutím kompilátorů²⁾ a odlišnost pojetí Gaiova³⁾ jsou okolnosti, jež uvedenému výsledku interpretace odnímají do jisté míry váhy. Důležitější však jest to: všeobecná místa o annalitě jsou tím vyčerpána. Marně bychom hledali místo, jež by s takovou evidencí spojovalo annalitu s poenalitou, jako na př. jest s poenalitou spojeno vyloučení pasivního přechodu dědického v nejednom textě klasickém (srv. D 47, 1, 1, pr a Gaius IV, 112). Jak bylo ovšem možno vysloviti zásadu annality jako přirozený důsledek trestní povahy žalob poenálních, když z typického čtyřlístku žalob poenálních byla annální jen jedna, a k tomu i v tomto případě šlo o annalitu později zavedenou (srv. C 9, 35, 5). A tak zákon annality, který plynul se značnou evidencí z původní struktury soukromého trestu jako reakce soukr. deliktu, vychází z této první zkoušky dosti oslaben.

Přístupme k druhé části své úlohy, ke studiu míst, vztahujících se na jednotlivé případy.

3. Ve skupinách praetorských actiones, jichž předmětem jest poena, setkáváme se s annalitou ve velké většině případů. Sem náleží tyto actiones:

actio proti tomu, qui iudicenti non obtemperavit (D 2, 3, 1, 4) „cum meram poenam contineat, neque post annum, neque

¹⁾ Srov. kap. I ad 9, kap. II ad 6.

²⁾ Responsabilità fino al limite dell' arricchimento Rend. Ist. Lomb. 1913, str. 450. Albertario.

³⁾ Srovn. Levy, Privatstrafe und Schadenersatz, str. 8, dále duchaplnou Mitteisovu recenzi díla Levyho v Z. Sav. St. 1916 str. 331.

in heredem datur“ Bas. VII, 7, 3, 4 „ἡ δε ἀγωγὴ οὕτε μετ' ἐπι-
αυτὸν... δίδεται, μόνως γὰρ ἐστὶ ποινάλλια“.

actio z iniusvocace patrona a j. bez svolení praetorova (D 2, 4, 24, „quod nec... ultra annum datur“)

actio proti tomu, kdo „eum qui in ius vocabitur, vi eximat (D 2, 7, 5, 4 neque autem in heredem neque post annum dabitur“)

actio proti tomu, kdo dolosně způsobil „quominus quis vadimonium sistat“ (D 2, 10, 1, 6 et heredi datur, sed non ultra annum)

actio doli (D 44, 7, 35 „honorariae autem, quae post annum non dantur... in actione doli mali...“)

actio ex alienatione iudicii mutandí causa facta (D 4, 7, 6 a násl. „vel post annum non dabitur, quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari“,

actio de effusis et deiectis v případě, že „liber perisse dicitur“ (D 9, 3, 5, 5) „intra annum dumtaxat competit, neque in heredem neque heredi datur, nam est poenalis et popularis,

táž actio v případě „si libero nocitum sit... et alius velit experiri“ (D 9, 3, 5, 5),

actio podle edictu „quod falso tutore auctore gestum esse dicitur“ (D 27, 6, 9, 1, „haec in factum actione s heredibus quidem competere, in eos vero non reddi Labeo scribit nec in ipsum post annum, quoniam et factum puniunt et in dolum concipiuntur“. Scholio Kyrillovo k tomuto místu 'Ἐπειδὴ καὶ φάκτων τιμοροῦνται καὶ ἀπὸ δόλου τίκτονται),

actio proti tomu, cuius dolo malo causa possessionis deterior facta esse dicitur (D 42, 5, 9, 8 „quae neque post annum neque in heredes dabitur, cum ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur),

actio proti tomu, „qui dolo malo fecerit quoniamus permissu meo eiusve, cuius ea iurisdictio fuit in possessionem bonorum sit“ (D D 43, 4, 1, 8 „hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredem dabitur“ „ἐπιαία ἐστὶν ἡ ἀγωγὴ, ὡς ποινάλλια“ Bas. 51, 5, 2),

actio podle edictu si is qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicitur (D 47, 4, 1, pr. in eum intra annum utilem dupli iudicium datur).

Uvedenými citáty jest princip annality soukromých trestních žalob opět přiveden k značné evidenci. Ještě více však vynikne bezprostřední vztah mezi annalitou a poenalitou, postavíme-li proti uvedeným citátům poenálních a annálních žalob místa, jež mluví o neobmezeném trvání žalob reipersecutorních, a uvádějí to ve vztah se známou nám technickou formulací „rei persecutionem continet“. Patří sem na př. tato místa:

Tributoria actio perpetuo datur . . . rei persecutionem continet (D 14, 4, 8). Haec actio (de recepto) rei persecutionem continet it ideo . . . perpetuo datur (D 4, 9, 3, 4).

Hae actiones, quae in eos, pro quibus mulier intercessit, dantur . . . perpetuo competunt: habent enim rei persecutionem (D 16, 1, 10.) Iudicati actio perpetua est et rei persecutionem continet (D 42, 1, 6, 2). Haec actio in perpetuum datur (sc. Fabiana), quia rei habet persecutionem (D 38, 5, 3, 1).

Tímto způsobem jest ukázána velmi značná souvislost principu annality s poenální povahou žaloby.

4. Přistupujeme nyní k sporné části našeho problému, k t. zv. postannální žalobám in simplum. Jak známo, poskytoval praetor v četných případech poenální žalobu in quadruplum nebo duplum do roka, na to žalobu in simplum. Jaká byla povaha této žaloby? Poenální, či reipersekutorní? Stačilo by aplikovati na tyto postannální žaloby princip, ku kterému jsme právě došli studiem annálních žalob trestních, a logický důsledek nemohl by zníti jinak, leč: postannální žaloba z deliktu in simplum není trestní, nýbrž náhradní žalobou. Než úsudek ten mohl by býti ukvapen, a jest tedy k spolehlivému zodpovědění naší otázky hledati pevný základ studiem jednotlivých postannálních žalob z deliktu.

5. Actio quod metus causa.

Tak, jak se nám jeví tato actio v textech Digest, zdálo by se, že postannální actio není trestní, nýbrž náhradní. Z toho, že „per metum facta iniuria anno et quidem utili exoleverit“ (D 4, 2, 14, 1), z toho, že předmět její je simplum (quantum ea res est) a že tomuto simplu dává se charakter „res“ (cum in quadruplo et simplum sit reus consecutus“ l. 14, 9 D eod.) a konečně že zde jde o actio honoraria perpetua, (srv. D 44, 7, 35) zdálo by se plynouti, že postannální actio náleží mezi actiones, quae rei persecutionem habent, nikoli mezi t. zv. ceterae actiones (Cassius).

Skutečně na př. Albertario⁴⁾ soudí, že post annum byla udělena netrestní actio in factum (stejná jako actio in factum proti dědici) na místo původní annální actio quod metus causa a nutno uznati, že textem Ulpianovým „post annum vero in simplum actionem pollicetur“ (l. 14 § 1 D eod.) — nepřihlížíme-li k dalšímu kontextu v § 2 — tento úsudek by byl odůvodněn.

Avšak z obsahu § 2, jmenovitě z formulace „propter quod heredi non erit metu causa actio (rozumí se postannální!), quamvis, si annus largiretur, etiam heres in quadruplum experiri possit“, vyplývá zcela určitě, že v případě metu neudílel praetor post annum actio in factum, nýbrž stejnou actio jako intra annum,

⁴⁾ Responsabilità fino al limite dell' arricchimento Rend. Ist. Lomb. 1913, str. 456.

actio quod metus causa (stejná formule), jenže touto actio intra annum „experitur in quadruplum, post annum in simplum“. Totéž plasticky jest vyjádřeno v konstituci císaře Gordiana, umístěné v Cod. 2, 19, 4. . .“ post annum vero eadem actio (táž jako intra annum) in simplum permittitur . . . Platí zde tudíž něco zcela jiného, než u actio doli, jež jest skutečně obmezena na rok a potom nahrazena nepenální actio in factum, kteréž časové obmezení jest však singularitou, odůvodněnou tím, že actio doli vůbec jest konstruována jako subsidiární, poslední prostředek, zvláště vzhledem k infamii.

Z okolností, že postannální actio quod metus causa má za předmět simplum, nevyplývá ještě reipersekutorní povaha její, ježto i toto simplum (objektivní quantum ea res est) jest stejně poena jako quadruplum a teprve byzantští rozeznávají v quadruplu jednak „res“ (simplum), jednak „poena“ (tripulum) a tudíž nutně konstruují postannální actio jako actio, jejíž předmětem jest res. Věta „cum in quadruplum et simplum sit reus consecutus“ D 4, 2, 14, 9 jest interpolována.⁵⁾

Konečně ani z formulace „cum per metum facta iniuria anno et quidem utili exoleverit“ nelze odvozovati nepenální povahu actionis q. m. c. intra annum ta okolnost, že žalovaným jest třetí, který bona fide má v rukou zisk z deliktu „etsi crimine caret“, tak nemůže míti vlivu na povahu žaloby post annum ta okolnost sama o sobě, že „iniuria . . . exoleverit“. Ostatně není jisto, zda tento fragment jest původní.

Mám tudíž za prokázáno, že v případě metu postannální actio jest táž jako actio intra annum nejen formálně, ale i materiálně.

Idea „actio post annum in simplum poenalis“ dá se prokázati též v dalších případech.

6. Actio vi bonorum raptorum.

Formální totožnost žaloby intra annum a post annum vystihuje jasně Gaius IV, 209 (a shodné místo Just. Institutí, IV, 2 pr) takto: „sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum, et est intra annum quadrupli, post annum simpli“. Toto simplum bylo trestem — arci zmírněným — a proto patrně bylo možno (aspoň dle zprávy Gaiovy IV, 8, který nerozeznává mezi actio intra annum a post annum) vedle postannální trestní žaloby vzněsti i kondikci.⁶⁾ Trestní povahu postannální actio vi bonorum raptorum dokazuje zvláště i ta okolnost, že v případě pachatelství otrokova, příslušela proti pánovi actio noxalis nejen intra annum, ale i post annum, jak je potvrzeno v konstituci Diocletianově a Max. Cod. 3, 41, 4 „Si servus ignorante domino vel sciente et prohi-

⁵⁾ Srovn. kap. I ad 10, 11.

⁶⁾ „Secundum quorundam opinionem“.

bere nequeunte res tuas vi rapuerit, dominus eius apud praesidem provinciae, si necdum utilis annus excessit, quadrupli, quod si hoc effluxit tempus, *simplici noxali* iudicio conveniri potes: qui si noxae maluerit servum dedere, nihilo minus cum ipso, quantum ad eum pervenit, experiri non prohiberis".

7. Dalším případem jest *actio calumniae*, Z celé struktury její, z povahy předmětu jejího (ryzí poena) a z poměru jejího ke kondikci vyplývá její povaha poenální.⁷⁾ Z typů, až dosud zde uvedených, lze logicky dedukovati, že i ostatní žaloby *intra annum* in *multiplum* post *annum* in *simplum* byly povahou trestními nejen *intra annum*, ale i post *annum*. Náleží sem *actio* proti tomu, „*cuius dolo malo in turba damnus quid factum esse dicetur*" (D 47, 8, 4), jež neliší se od *actio* vi bonorum raptorum ničím, než tím, že *intra annum* směřuje pouze k duplu, a u níž má tedy postannální *actio* stejnou funkci, jako v případě rapiny (srv. D 47, 8, 4, §§ 6—8). Totéž platí o postannální *actio* proti tomu, „*qui ex incendio ruina naufragio rade nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicetur*" (D 47, 9), strukturou shodné s *actio* vi bonorum raptorum. Totéž platí konečně o *actio* podle ediktu „*quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum*", jejíž analogie s *actio* vi bonorum raptorum vyplývá z l. 1 §§ 1 a 3 D 39, 4, a u níž poenální povaha postannální žaloby může býti odvozena též ze slov *poenali* *actione ex hac parte edicti liberatur*". Jest jasné, že *ex hac parte edicti* jest „in *duplum*, aut si post *annum* agetur, in *simplum*".

Z uvedeného vyplývá konkluse:

Rímští právníci, kteří vytvořili několik charakteristických znaků svého typického pojmu žalob trestních, neměli podkladu pro to, aby formulovali zásadu *annalitate* jako všeobecně platnou zásadu. Vždyť vycházeli při theoretické konstrukci pojmu *actio poenalis* od čtyř žalob z civilních deliktů: *furtum*, *rapina*, *damnum iniuria datum*, *iniuria*. Nescházelo jim však vědomí této zásady. A tak vidíme, že orgány pravotvorné, *praetor* a *pravo-veda*, poskytují nové trestní žaloby v největším počtu případů *intra annum*, a jsou si vědomi, že právě „*poena*" vyžaduje tohoto časového omezení. Arciť co znamenalo časové omezení? Úplný zánik dotyčné *actio poenalis*. Bylo zásadně vyloučeno, aby táž žaloba byla *intra annum* poenální, post *annum* *reipersecutorní*. Tudíž vedle *annálních* žalob trestních setkáváme se s trvalými žalobami trestními, ať jsou kvantitativně stále stejné, či směřují *intra annum* in *quadruplum* (resp. *duplum*), post *annum* in *simplum*. Postannální žaloba in *simplum* má zásadně touž povahu jako *annální* in *multiplum*. Přirozeno, že za vlády nových tendencí byzantských vzala za své postannální žaloba trestní. Automaticky proměnila se v *reipersecutorní*.

⁷⁾ Srovn. kap. IV ad 4.

IX.

ACTIONES ARBITRARIAE-POENALES. PŘEHLED POSAVADNÍHO UČENÍ A TYP TAKOVÉ ACTIO.

1. Až do nejnovější doby bylo téměř nesporným dogmatem vědy práva římského učení o t. zv. *actiones arbitrarie*. Dogma to znělo: *actiones arbitrarie* jsou různé *actiones in rem* a *in personam*, u nichž podle obsahu formulové doložky „*nisi arbitratu tuo restituet*" (a pod.) měl soudce příkazem restitučním vyzvatí žalovaného k dobrovolnému vydání věci (nebo uspokojení nároku žalobcova vůbec), a teprve v případě nevyhovění příkazu vydatí rozsudek znějící na odsouzení peněžní.⁴⁾ Základ této instituce hledán v právu klasickém, a nikomu ani nenapadlo pochybovati o klasickém původu jejím, ježto mohlo býti poukazováno k tomu, jak byla tato instituce tak svrchovaně praktickou právě v systému klasického práva římského, zmírňujíc dalekosáhlý princip kondemnace peněžní. A právě tak bylo poukazováno k tomu, jak tato instituce ztratila v právu Justinianském mnoho na své ceně praktické.

Teprve nejnovější doba otřásla všeobecnou vírou v klasický původ této instituce. Vědecký zápas, k němuž dal podnět Biondo Biondi svými „*Studi sulle actiones arbitrarie e arbitrium iudicis*" (Palermo 13) šel k samým základům instituce a dosud skončen není. Podstata učení Biondiho jest tato: Právo klasické neznalo technického pojmu *actio arbitraria*, ani všeobecné kategorie *actiones arbitrarie*, charakterisované formulovou doložkou restituční. *Actio arbitraria* jest *appellativem* pro *actio* „*de eo quod certo loco*" a není tedy v žádném vztahu ani k doložce „*nisi*

⁴⁾ Srovn. Heyrovský, Dějiny a systém I, Bonfante Ist. V. ed. 112, Perozzi Ist. II 70, Girard Droit romain 1038, Sohm, Inst. 16 Aufl. 330, Savigny System V §§ 221—224; ex professo pojednávají o *act. arbitr.* Biondi Studi sulle *actiones arbitrarie* e *arbitrium iudicis*, Palermo 1913, Lenel, Zur Lehre von den *actiones arbitrarie* Festgabe für R. Sohm 1914, str. 201 a násl., Levy, Zur Lehre von den sogenannten *actiones arbitrarie* Z. Sav. St. 1915, str. 6 a násl., May, Observations sur les actions arbitraires — Mel. Girard II 151—169.

restituēt", ani k obsáhlým oprávněním, jež dává soudci panující mínění o actiones arb. Právo klasické zná jen dvě všeobecné kategorie „iudicia stricta“ a iudicia bona fidei“. Teprve Justinian tvoří třetí všeob. kategorii, actiones arbitrariae, v nichž žalovaný může uniknouti odsouzení, uspokojí-li nárok žalobcův před rozsudkem.²⁾

Mínění Biondiho nebylo přijato. Různé námitky pronesl Segrè.³⁾ Hlavní obhájce panujícího mínění jest pak Lenel, který vyvrací učení Biondiho hlavně těmito argumenty:⁴⁾ Justinian nemohl býti původcem pojmu actio arbitraria, ježto zásada, jež by ve smyslu Justinianově tvořila charakteristický znak t. zv. actiones arbitrariae, platí v právu Just. pro všechny actiones. Ani s hlediska vyšší moci soudcovy nelze odůvodniti Justinianský původ tohoto pojmu. Neboť tuto vlastnost mají iudicia bonae fidei a spíš bychom chápali, kdyby byl Justinian sloučil obě kategorie, iudicia bonae fidei a iudicia arbitraria, než, že byl by sám utvořil tuto poslední. Klasický pojem actiones arbitrariae plyne též z J IV, 6, 31 (kdežto podle Biondiho jde tu o úplnou interpolaci, nutno usuzovati dle Lenela, že kompilatoři převzali termíny „actio arbitraria“, „arbitrium iudicis“, „nisi restituat vel exhibeat“ z Gaiova textu IV 163 o řízení interdiktním a dali jim nový význam). Totéž vyplývá podle Lenela z J IV, 6, 27 vyloučí-li se interpolovaná slova „quod eius natura tacite continetur“, jež nahrazují původní slova, poukazující na doložku formulovou (podle Biondiho celý text interpolován). Konečně odvozuje Lenel klasický původ kategorie „actiones arbitrariae“ z fragmentu de formula Fabiana.

Mínění Biondiho vyvrací též Levy,⁵⁾ který též přispívá novými momenty struktury klasického pojmu actio arbitraria. Vyvrací učení o formulární „clausula arbitraria“ a spatřuje základ volnějšího postavení soudcovy a jeho vyšší moci v pojmu „restituere“, obsaženém ve formální doložce „nisi ea res restituatur“ a pod., vedle níž byla by zbytečnou, ano přímo absurdní další klausule „arbitrio tuo“.

2. Jaký význam má actio arbitraria v systému klasických soukromých žalob trestních? Jisto jest, že jako vědecký spor o kategorii actiones arbitrariae není ukončen, právě tak jsou nejistými výsledky jeho pro trestní actiones arbitrariae. A bude třeba nového a důkladného prostudování pojmu actio arbitraria se všech nových hledisk, abychom mohli zaujmouti definitivní stanovisko k tomuto problému v systému praetorských actiones poenales. To arci nelze pojmouti do našeho tématu. Zde stačí ukázati jednotlivé momenty tohoto problému na typu takové

²⁾ Biondi cit. str. 5 a násl., 31 a násl.

³⁾ Denominazione di actio confessoria — Mel. Girard II str. 563—574.

⁴⁾ Cit. str. 201, 202, 203, 212, 213.

⁵⁾ Cit. str. 77, 81.

žaloby, actio quod metus causa. Thesa Biondiho: To, že donutitel nevrátil věci, jest podle práva klasického okolností, k níž se poji vznik žaloby, podle Justiniana jest to podmínkou odsouzení. Tuto funkci restituere odvozuje Biondi z Ulpianových textů D 4, 2, 14, 1. „Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur“ a I 14 § 3 i. f. „quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.“⁶⁾ To je dedukce zcela správná. Méně přesvědčuje již ten argument, že actio q. m. c. jest nazvána často „quadrupli actio“, že se mluví o „in quadruplum agere“ atd., čímž prý jest vyjádřeno, že actio q. m. c., jednou vzniklá ve prospěch poškozeného uskutečněním se všech podmínek ediktu, nesměruje k ničemu jinému, než k trestu čtyřnásobného. Dále pozoruje Biondi: Ulpian nekomentuje doložky „neque restituatur“ v části komentáře, týkající se formule, nýbrž se stálým zřetelem k ediktu: doklad toho, že „neque restituatur“ nebylo částí formule.⁷⁾ Názorné doklady toho, že to byl právě Justinian, který dal restituci novou funkci, vidí Biondi v textech fr. 14, 4 D eod., J II 6, 27, které prý byly právě za tím účelem interpolovány. Podobnou, snad ještě názornější interpolaci shledává Biondi v materii „quod publicanus eius publici nomine vi ademerit“, kdež režim klasického práva jest ještě zachován v obratech, „si id restitutum non erit, in duplum... iudicium dabo (fr. 1 pr D 39, 4) a „restituendi facultas... datur, quod si fecerit, omni onere exiit et poenali actione... liberatur“ (fr. 1, 4 D eod.) a konečně „restituta re actio evanescat, post acceptum iudicium nihilo minus poena duret“ (fr. 5 pr. D eod.); naproti tomu v přímém pokračování místa právě citovaného „sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est“, který jest v odporu s kontextem předchozím, shledává Biondi nový režim práva Justinianova a interpolaci, a to zcela právem. Dále uvádí Biondi následující interpolace: fr. 9 § 7 D 4, 2 „id est in integrum, officio iudicis“, „si pecunia debita fuit... quadruplo eum condemnandum“, fr. 9 § 8 D eod. „nec personam vim facientis... metus causa factum est“, „sed fideiussorem... in quadruplum condemnari“ odvolává se částečně na mínění Eiseleho.⁸⁾ Hlavní, ale právě nejspornější argumentace Biondiho spočívá v t. zv. arbitrium iudicis: to jest prý důsledná interpolace, právo klasické znalo „arbitrium praetoris“ a stopy tohoto režimu jsou: „restitui Praetor velit“ fr. 12, 1 D eod. a „tenebitur et hoc fit his verbis edicti“ fr. 14, 11 D eod. Naproti tomu interpolace jest ve fragm. 10 § 1; „arbitratu — apud quem ex hoc edicto agitur“ jest technická a exklusivní formulace pro řízení in iure.⁹⁾ Pokud se týče fr. 14 § 5, považuje Biondi za interpolovanou celou stat

⁶⁾ Biondi cit. str. 38.

⁷⁾ Biondi cit. str. 42.

⁸⁾ Z. Sav. St. XXX 909, str. 105.

⁹⁾ Biondi cit. str. 53; proti této argumentaci uvádí Segrè Gaiovo „apud iudicem agere“ IV, 109.

od začátku až po větu „unde quidam putant“, kteráž věta navazuje prý na § 3 „non statim quadrupli est actio, sed si res non restituitur“. Co jest mezi těmito větami, jest prý interpolováno. Praetorské edictum žádalo na třetím nabyvateli věci, aby restituoval věc nebo, v případě jejího zániku, své „lucrum“; neměl-li ani věci, ani zisku, neposkytoval praetor žaloby proti němu. Jak tomu bylo v případě nahodilého zániku věci u donutitele samého, vychází — vlastně mělo by vycházeti — z §u 11. Jenže § tento jest podle Biondiho i četných jiných autorů téměř v celém svém rozsahu dílem kompilatorů. Z věty „tenebitur, et hoc fit his verbis — edicti“ vyvozuje Biondi, že actio tu příslušela. „Il meccanismo della clausola ‚neque restitueretur‘ apostata all' editto comme condizione all' esercizio dell' azione, importava, che perita la cosa e resa dunque impossibile la restituzione, la condizione dell' Editto dovesse ritenersi verificata ed il convenuto dovesse senz' altro essere passibile dell' actio in quadruplum“. ¹⁰⁾ Ovšem jedná se nyní o onu klausuli „neque ea res arbitrio meo restituetur“. „Nicht um des ‚arbitrio‘, aber um des ‚iudicis‘ stehen da die Worte“ praví Levy, ¹¹⁾ aby právě se vyloučilo nedorozumění, že snad jde o restituci před praetorem.

Proti Biondiho „arbitrium Praetoris“ namítá Lenel, ¹²⁾ že pak byl by musil sám praetor probratí celý processní materiál, jak otázku deliktu, tak otázku obnosu restituace, iudex by byl omezen na formalitu vynesení rozsudku. Kdyby se bylo jednalo o restituci před praetorem, časově předcházející jeho „iudicium dabo“, čekali bychom podle consecutio temporum, namítá Lenel, si id restitutum non erit, ne pouhé neque ea res — restituetur. ¹³⁾ A Segrè mimo jiné poukazuje k tomu, v jak kritické situaci by se nacházel třetí nabyvatel bonae fidei, kdyby pro nerestituování věci in iure byl vysazen odsouzení in quadruplum. ¹⁴⁾

3. Přes všechny uvedené námítky myslím, že these Biondiho vyvrácena není a že opravdu stojí za to pokusit se o obhájení její.

Cenné a přesvědčivé jsou především první z uvedených argumentů: máme klasické texty, jež výslovně mluví o odepření restituace jako o podmínce pro udělení žaloby. Jsou to l. 14 § 1, „si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur“ a l. 14 ú 3 i. f. „non statim quadrupli est actio, sed si res non restituitur“. Z doslovného znění těchto fragmentů vyplývá, že se jedná o restituci, časově předcházející praetorovo iudicium dabo. Užití dvou jednoduchých futur (Lenelova námítka o consecutio temp.) není na závadu tomuto výkladu, neboť, jak poznamenává

¹⁰⁾ Biondi cit. str. 59.

¹¹⁾ Z. Sav. St. 1915, str.

¹²⁾ Lenel cit. str. 10.

¹³⁾ Lenel cit. str. 10.

¹⁴⁾ Segrè cit. str. 570, 571.

k našemu problému Betti, vyskytují se v ediktu časté případy takovýchto futur, z nichž jedno je podmínkou druhého a časově předchází druhé (quae dolo malo facta esse dicentur, si iusta causa esse videbitur, iudicium dabo a j.). ¹⁵⁾

Máme ovšem v titulu „quod metus causa gestum erit“ též texty, jež dávají restituci jinou funkci — záporné podmínky rozsudku, na př. l. 14 §§ 4 a 15, (texty arci zcela nebo z části interpolované). Bylo by tedy vysvětliti, jak vznikla divergence těchto dvou serií textových. To se vysvětlí dle mého názoru srovnáním s příslušnými místy Basilik. Shora citovaný l. 14 § 1 nalézáme v Basilikách v tomto novém znění: ¹⁶⁾ „Ο δε μη αποκαθιστῶν το τετραπλοῦν δίδωσι τοῦ ἀφείλουτος ἀποκαταστήναι“ (qui non restituit, quadruplum solvit eius quod restitui oportet): neuskuteční-li se restituace, jest podle tohoto znění podmínkou odsuzujícího rozsudku, ne udělení žaloby; druhý, shora uvedený l. 14 § 3 dostal v Basilikách toto nové znění: ¹⁷⁾ „Καὶ μη ἀποκαθιστῶν δίδωσι τὸ τετραπλῶν κἂν ἔτερος τοῦ φόβου ἐπήγαγεν“ (et qui non restituit, quadruplum solvit, licet alius metum intulerit) — změna stejná jako v prvním případě. Tyto změny jsou dokumentární: kompilatoři — patrně nedopatřením, ponechali nedotčeny cit. texty (l. 14 §§ 1 a 3 i. f.), ač na druhé straně provedli řadu interpolací, zavádějících restituci ve smyslu arbitria iudicis před rozsudkem. Tak povstala divergence a cit. texty byly právě — nepozorovaným — dokladem zrušeného režimu klasického. Autoři Basilik si povšimli této divergence a přizpůsobili tedy i cit. dva texty platnému právu.

Cenným argumentem Biondiho pro mínění, že actio quod metus causa nebyla „arbitraria“ ve smyslu panujícího názoru, jest — jak již uvedeno — analogie s poenální actio proti publicanovi, u níž z výslovné mluvy cit. již textů jasně vyplývá, jakou funkci měla restituace věci v právu klasickém: byla zápornou podmínkou pro udělení žaloby. Kompilatoři dali restituci novou funkci: stala se prostředkem uniknouti odsuzujícímu rozsudku (srv. D 39, 4, 5, pr i. f. intp. „sed tamen absolvendus... paratus est“, jak shora uved.) Přirozeno tedy, že podobnou změnu provedli i u actio quod metus causa. ¹⁸⁾

Tento úsudek potvrzuje ještě další změna, kterou kompilatoři provedli, těsně související s naší interpolací.

Tak v případě poenální actio proti publicanovi navazuje přímo na interpolovaný text „sed tamen absolvendus est etiam is qui post acceptum iudicium restituere paratus est“ další interpolovaný text „Quaerentibus a u t e m nobis, utrum duplum, totum poena sit et praeterea rei sit persecutio, an in duplum

¹⁵⁾ Studii sulla litis aestimatio II — Città di Castello 1915, str. 19.

¹⁶⁾ Bas. 10, 2, 14, 1.

¹⁷⁾ Bas. 10, 2, 14, 3.

¹⁸⁾ Biondi cit. str. 41.

sit et rei persecutio, ut poena simpli sit, magis placuit, ut res in duplo sit". Kompilatoři mění předmět poenální actio, trest dvojnásobného, v trest „simpli“ a „res“; s tím souvisí, že dávají žalovanému až do rozsudku možnost, aby splně „res“, ušel pokutě simpli. Obě změny tvoří organický celek. V právu klasickém, kde předmětem poenální actio proti publicanovi byla poena dupli, a nikoli restituce, res. bylo sice možno uniknouti žalobě restitucí před litiskontestací, nikoli však odsouzení restitucí před rozsudkem; vždyť lis byla contestata a v žalobním předmětu restituce nebyla zahrnuta. V případě actio quod metus causa shledáváme se s tímž zásahnutím kompilátorů co do předmětu žaloby. Z fragm. l. 4 §§ 9 i. f., 10 a 11, vyplývá jasně, že kompilatoři pojímají předmět žalobní jako trest trojnásobného, a vrácení věci. Byla-li pak prokázána těsná vzájemnost myšlenky reálního rozdělení předmětu (multipla) na res (simplum) a trest, (zbývající část), a idey možností uniknouti trestu restitucí ante sententiam v případě penální actio proti publicanovi, lze tvrditi, že táž vzájemnost uvedených ideí jest u actio q. m. c. Cíli jinými slovy: i u actio q. m. c. se shledáváme s oběma uvedenými ideami; je-li jisto, že jedna z nich — rozdělení předmětu actionis na restitucí a poenu — jest tu dílem kompilátorů, lze tvrditi, že tiž kompilatoři byli autory druhé ideje — možností uniknouti trestu restitucí ante sententiam.

Jsem si ovšem vědom v této souvislosti jisté námitky — již si kritika učení Biondiho nepovšimla — která do jisté míry odporuje novému učení o actio arbitraria.

Jest jisto, že kompilatoři z předmětu actio q. m. c. — poena quadrupli — učinili poenu tripli a res (restituci věci, — l. 14 § 10, acceptilací vadné stipulace — l. 14 § 9, a kauci — l. 14 § 11). Že ponechali v textech, jež neměli přičin měniti, formulaci in quadruplum experiri, l. 14 § 2, quadrupli actio l. 14 § 3 i. f. a pod., nebylo by divné. Zvláštní jest však, že v textech, jichž sami jsou původci, — jak aspoň zastává nové učení Biondiho, — se vyjadřují stejnými obraty „quadruplo eum condemnandum (fr. 9 § 7), „in quadruplum condemnari (fr. 9 § 8), et sententia quadruplum restituerit (fr. 14 § 4), tedy nepřesně vzhledem ku svému vlastnímu nazírání na předmět naší žaloby. Přesná formulace našeho problému ve stylisaci Justinianské byla by totiž tato: jestliže žalovaný před rozsudkem nevydá dobrovolně věci, resp. nevykoná restituce právní situaci přiměřené, bude mu věc na základě rozsudku mocí odňata, resp. bude musít jinak restituovatí¹⁹⁾ a vedle toho bude musít zaplatiti z rozsudku trest trojnásobného.

¹⁹⁾ Srovn. fr. 14 § 9 „quam acceptilationem omnino facere compellatur“, fr. 14 § 10 „condemnatione quadrupli res omnimodo contineatur et eius restitutio fiat“, fr. 14 § 11 „a rei condemnatione ideo relaxabitur“ arg. a contr.

Myslím však, že tato námitka neoslabuje učení Biondiho. Změny kompilátorů jsou namnoze rázu substanciálního a ne vždy důsledně provedeny. Stará formulace pozůstává při tom na četných místech zachována. Právě proto, že ponechali kompilatoři v textech, jichž neměnili, formulaci „quadrupli actio“, „in quadruplum experiri“ a pod., použili sami stejné formulace i v textech jimi interpolovaných z důvodu stylistické jednoty.

Více oslabují nové učení shora uvedené již námitky: kritická situace třetího poctivého nabyvatele, který měl by býti vydán odsouzení ke quadruplu, jestliže by nevyhověl praetorovu příkazu restitučnímu, vydanému sine causae cognitione — kdežto naopak causae cognitio praetorova, již právě by se příkrost situace paralysovala, prameny prokázána není. Proto Emilio Betti²⁰⁾ uchyluje se k východisku tomu: praetor delegoval soudce k předchozí (ante iudicium) cognitio a na ní založenému rozkazu restitučnímu. Tím míní Betti uniknouti silným námitkám, jež byly proneseny proti thesi Biondiho. Arci přímého důkazu pro svou konstrukci nemá.

Snadno by bylo lze se vysloviti o námitkách, jež byly proneseny proti thesi Biondiho, kdybychom byli informováni o poměru oněch dvou právních prostředků, jež praetorské edictum poskytovalo donucenému, actio quod metus causa a in integrum restitutio, které kompilatoři shrnuli v jediný, shrnuvše v jedno klasické texty, jednající o některém z obou prostředků.²¹⁾ Z toho vzešla na př. formulace, že „actio q. metus causa restitui velit...“ (D 4, 2, 9).

Pro mínění, že actio q. metus causa nebyla „arbitraria“ ve smyslu panujícího učení, mluví též čistě trestní povaha její. (Labeo na př. připouštěl vedle actio q. metus causa in quadruplum i excepce proti uplatňování stipulace donucením uzavřené, a zdá se, že tuto praxi změnil teprve Justinian — srovn. kompilatorské quod cum durum videbatur, ita temperandum est —). Zajímavý doklad pro čistou trestní povahu této actio nalézáme dokonce v Brachylogu, který v odporu s právem Justinianským (a patrně tedy v souhlasu s právem klasickým) praví „poenam tantum consequitur quis actione furti, iniuriarum, quod metus causa intra annum“ (Lib. IV, Tit. XXIII Quid in actionem veniat 10 — Ed. Böcking). Jest opravdu zajímavé, že Brachylogus, který v mnohém jde ještě dále, než pozdní právníci byzantští — připouští na př. přechod žaloby z furta in id quod ad heredem pervenit (Liber III, Tit. XX, 10) — v našem případě zastává stanovisko tak málo moderní, a jest nám dokonce dokumentem pro režim práva klasického. Ovšem ryzí trestní povaha žaloby nedá se kombinovati s principem Justinianovy actio arbitraria.

²⁰⁾ Studii sulla litis aestim. II, str. 14, 15 pozn.

²¹⁾ Srovn. Biondi cit. str. 71 a násl.

4. Lze-li — aspoň s jistou pravděpodobností — souditi, že *actio q. metus causa* nebyla *arbitraria*, vyplývá totéž i pro ostatní žaloby poenální. Poukazují v tom směru na důkladné a dokonale zpracované dílo Biondiho, jež bylo již několikrát citováno. *Actio doli* byla pravděpodobně nezávislá na event. restituci,²²⁾ — ostatně ani opačný názor v tomto ohledu neměl by význam pro kategorii žalob trestních vzhledem k singulární povaze této *actio*, již jsme na př. vysvětlili též jiný — pouze u ní se vyskytující — zjev obmezení *trestní* žaloby na rok a *současné poskytnutí ne-trestní* žaloby po uplynutí roku. *Actio ex alienatione iudicii* m. c. f. (D 4, 7) sice „*rei persecutionem arbitrio iudicis continet*“, ale „*non est poenalis*“; tudíž netýká se studie našeho problému.²³⁾ *Actio rerum amotarum* rovněž se netýká studie o *actiones poenales*, a to proto, že *nebyla* trestní žalobou, nýbrž náhradní.²⁴⁾ Totéž soudím o *actio Pauliana*, již vzhledem k novému učení Lenelovu nelze pokládati za *actio poenalis*,²⁵⁾ a totéž tím spíše platí o *actio Fabiana* a *Calvisiana*.²⁶⁾

²²⁾ Srovn. Biondi cit. str. 78—106.

²³⁾ Arcif právu klasickému neodpovídá ani to, že „*arbitrio iudicis rei persecutionem continet*“, ani to, že „*non est poenalis*“.

²⁴⁾ V konstituci Diokletianově C 5, 21, 3 se praví „*rerum amotarum actione contra successores non in solidum, sed quantum ad eos pervenit, uti non prohiberis*“. De Francisci (81) a j. považují slova „*non in solidum, sed quantum ad eos pervenit*“ za interpolaci: původní text prý hlásal vyloučení passivního přechodu dědického. Nuže, ať již tato doložka „*non in solidum...*“ pochází od císaře Diocletiana, či od kompilátorů, vždycky jest jisto, že ten, kdo psal „*non in solidum, sed...*“ rušil tímto ustanovením starý stav právní, který právě byl „*in solidum... actionem uti non prohiberis*“. Konstituce tato jest ve spojení s konstitucí Diokletianovou, C 5, 21, 3, v níž tento — resp. opět snad kompilatoři — praví: „... *constante matrimonio neque poenalis, neque famosa actio competit*.“ Teprve tato konstituce dala vzniknouti vědecké kontroverzi o event. poenální povaze naší *actio r. amotarum*, jak nás ostatně přímo poučuje *scholium* Enantiofanovo k naší konstituci. Enantiofanos výslovně praví, že z citované konstituce někteří právníci odvozovali, že *actio r. amotarum* jest *poenalis*. Tak tedy vůbec došlo k mínění, že *actio r. am.* jest *poenalis*. — Pokud se týče jiných argumentů o náhradní povaze této *actio*, srovn. Levy Privatstrafe str. 114, pozn. 1.

²⁵⁾ Srovn. Lenel Ed. perp. str. 419 a násl., 475 a násl., Biondi cit. str. 172.

²⁶⁾ Srovn. Biondi cit. str. 165 a Albertariovu odvážnou a bystrou essayi „*Due osservazioni sul fragmentum de formula Fabiana*“, Athenaeum Roma 1920.

X.

K TERMINOLOGII DELICTUM A ACTIONES POENALES.

1. O tom, do jaké míry klasičtí právníci římstí užívali termínu *delictum* a *actiones poenales*, se ve vědě až do nejnovější doby neuvažovalo. Předpokládalo se, že termíny ty byly Římanům běžné pro označení nedovoleného činu (na rozdíl od právního jednání) a dotyčné *actio*, z toho vznikající. První pochybnosti vzbudil Perozzi, jenž ve své epochální knize o římské obligaci vyslovil myšlenku, že důvody *obligace* z deliktu (*cause di obligatione da delitto*) byly od počátku, a tradicí dějinnou zůstaly jen čtyři známé delikty.¹⁾ Perozzi totiž konstruuje obligaci římskou jako pojem historický — nikoli dogmatický, — tedy pojímá ji jako zcela vymezený počet jednotlivých *obligationes*, které existovaly již v době života gentilického jako *atto di guerra* nebo *atto di pace*. V nejnovější době se činí — namnoze pod vlivem myšlenek Perozziho — rozdíl mezi deliktem, z něhož vzniká *obligatio civilis* a nedovoleným činem, dávajícím vznikati pouhému *actione teneri praetorskou žalobou*.²⁾ V myšlence Perozziho přímo pokračuje Albertario.³⁾ Čtyři známé delikty: *furtum*, *rapina*, *damnum iniuria* *damnum* a *iniuria*, jsou dle Albertaria jediné a výlučné důvody *obligace* z deliktu, a to *proto, že jediné ony jsou delicta čili maleficia*. Pro své tvrzení má Albertario četná místa Gaiových Institucí, kde jako *delicta*, *maleficia* existují pouze *furtum*, *rapina*, *damnum i, d*, a *iniuria* a totéž vyplývá z Gaiových textů v *Digestech* (l. 111 § 1 D 50, 17 a l. 4 D 44, rovněž *Inst. Just. IV, 8, 1*). Pokud pak v některých textech *Just. Institucí*, *Digest* nebo *Codexu* užívá se výrazu *delictum*, *maleficium* mimo obor uvedených 4 civilních deliktů, jest dotyčný text dle Albertaria interpolován.

¹⁾ Srovn. *Istituzioni II*, str. 4.

²⁾ Srovn. na př. Betti *Studii sulla litisaestimatio II* 1915, *Città di Castello*. Str. 10. Arrangio Ruiz *Le genti e la Città* 1914, str. 34 násl.

³⁾ *Actiones poenales*. 1915. *Programma*, str. 4.

2. Tvrzení Albertariovo jest jistě originelní a zajímavé jako vůbec Albertariovi dlužno přiznání nejen originalitu, ale i často šťastnou intuici. Nutno postupovati ovšem velmi opatrně v hodnocení textů, jež Albertario považuje za interpolované, jakož i textů Albertariem neuvedených, jež, aspoň na první pohled, nepodporují uvedeného tvrzení. Začneme s Gaiem.

V Institucích IV, 182 přechází Gaius k obligacím z deliktu, a předeslav slůvko *veluti* vypočítává 4 známé delikty, jež jsou pak předmětem dalšího pojednání. Rovněž ve známém místě IV 6—9 neuvádí jiných deliktů, než 4 civilních deliktů. Totéž platí o textech, kde se mluví o noxalitě IV 76, o přechodu dědickém IV 112, a annalitě IV 111, jakož i o textech Gaiových z Digest, shora citovaných. K podpoře Albertariova tvrzení dalo by se, myslím, uvést to, že Gaius mimo případy známých 4 deliktů nikdy neoznačuje slovem *delictum* nedovoleného činu, z něhož vzhází *actio* a poena, ač jinak se o nich zmiňuje (srv. Gai IV 46). Námitka vzniká z textu Gaiova IV 112. Práví se tu, *ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere*, tudíž mluví se tu o *praetorských* žalobách (a *praetore dantur* v předchozím kontextu) *ex maleficiis*, tudíž i o *praetorských* maleficia. Avšak z jednotlivých případů, jež tu Gaius uvádí, všechny zahrnují zase jen známé 4 delikty; Gaius tedy rozeznává — aspoň výslovně — pouze *actiones* civilní a *praetorské*, na př. asi *actio furti manifesti* (quae ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscitur IV 111), ne však civilní a *praetorské delikty* (jmenovány jsou vesměs civilní delikty).

Všimněme si nyní jednotlivých textů, jež obsahuje *Corpus iuris civilis*.

D 47, 1, 1 (Ulp. ad Sabinum).

Non tantum in furti, verum in ceteris quoque actionibus, quae ex delictis oriuntur, (sive civiles sunt sive honorariae — interp. Albertario) id placet, ut noxa caput sequatur.

Nepovažoval bych větu „sive civiles sunt sive honorariae“ za interpolovanou, neboť myšlenkově vyjadřuje totéž, co Gaius IV 112 ve vztahu k jinému problému vyjadřuje slovy *ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere*. Tím by nebylo ještě řečeno, že Ulpian označuje jako *delicta* všechny t. zv. *praetorské delikty*. Soudím, že má na mysli právě zas jen 4 známé delikty podobně jako Gaius v cit. místě. To vysvítá i ze scholii k témuž místu Basilik,⁴⁾ jež jako jednotlivé případy uvádějí *τὰ τε πολιτικά* (*Ὡς ἢ βὶ βοπόρουμ φαπτόρουμ — καὶ τὰ πραιτώρια*) *Iniuriarum καὶ ἢ περὶ κλοπῆς*.

Basiliky arcí formálně se liší od Digest, neboť mluví o *delikttech* civilních a *praetorských*: „*Καὶ ἢ περὶ κλοπῆς καὶ τὰ λοιπὰ ἀμαρτήματα, τὰ τε πολιτικά καὶ τὰ πραιτώρια τοῖς ἀμαρτήσασιν ἔπεται*“, kdežto Digesta „sive civiles sunt, sive honorariae“ se

⁴⁾ Bas. 60, 11, 1, 2 scholio. Heimbach V.

vztahují na *actiones*. Ale Basiliky nevycházejí při tom z okruhu 4 deliktů, jak vidno ze scholii, takže pak docházejí k takovým absurdnostem, jako, že *furtum* jest *delikt praetorský*.

Jiný text, myšlenkově téměř shodný s právě citovaným textem, jest D 47, 7, 7, 5 *Quod si servo suo non praeceperit dominus, sed ipse sua voluntate id admiserit, Sabinus ait competere noxalem, (ut in ceteris maleficiis-interp. Albertario) quae sententia vera est. Nepovažují tento text za interpolovaný. Přímou nápadná jest totiž shoda mezi tímto textem Ulpianovým „Sabinus ait competere noxalem, ut in ceteris maleficiis“ a dříve uvedeným, původním textem Ulpianovým ad *Sabinum verum in ceteris quoquo actionibus... noxa caput sequitur* (D 47, 1, 1, 2), kterýž — jak právě uvedeno — netřeba považovati za interpolovaný. Ale zase bych řekl, že ani tento text neodporuje přímo tvrzení, že Římané slovem *delictum* označovali pouze známé 4 delikty, neboť slova „ut in ceteris maleficiis“ vztahují se právě na tyto 4 delikty, — a pak arcí též na skutkovou podstatu *arborum furtim caesarum, ale ne přímo, pouze vzhledem k tomu, že tato skutková podstata jest speciálním případem deliktu damnum iniuria datum* (srv. Pauli IX ad *Sabinum* D 47, 7, 5, 1, eius *actionis eadem causa est, quae est legis Aquiliae*) takže konec konců máme zase jen čtyři typy deliktu.*

Vyskytují se ovšem v Institucích, Codexu i Digestech texty, v nichž — třebaže sporadicky — označují se slovem *delictum*, *maleficium* leckteré i jiné nedovolené činy než *furtum*, *rapina*, *damnum iniuria datur* o *iniuria*. Jednotlivé tyto případy — podle Albertaria v tomto směru interpolované — jsou:

I IV 16, 2 Albertario⁵⁾: „la sintomatica riproduzione di Gai 4, 182 in *Just. Institutiones* 4, 16, 2 — l'aggiunta del nuovo delitto: il dolo! (l. c. 5.) Zřetelně označuje *dolus* termínem „*delictum*“ „*ἀμαρτήματα*“, Parafraze Theofilova „*εἰςὶ γὰρ καὶ τινες ἀγωγὰι, αἷς οἱ καταδικασθέντες ἄτιμοι γίνονται. ἀπὸ μὲν ἀμαρτημάτων ἢ furti, ἢ vi b. raptorum, ἢ iniuriarum, ἢ de dolo*“⁶⁾ kdežto mluva Institucí „*ex quibusdam iudiciis... de dolo*“ není tak výslovná.

D 4, 4, 9, 3 est enim *delictum non modicum*.

D 11, 3, 11, 2 sunt enim *diversa maleficia et eius qui deteriorum servum facit...*

D 11, 3, 10 etenim *iustus est — perlatae sunt*.

D 21 1, 17, 18 *quaecunque committuntur ex delictis non publicis criminibus* (glossa Mommsen Krüger).

D 44, 7, 49, jež připsal kompilatorům též Rotondí⁷⁾ a Bettí⁸⁾.

⁵⁾ Programma str. 4.

⁶⁾ Ferrini Paraphrasis II, str. 482.

⁷⁾ Ve spise *Dolus ex contractu et dolus ex delicto* 1913, str. 41.

⁸⁾ Rend. Ist. Lomb. 1916, str. 240. Bettí rekonstruuje text tak, že slova „*ex contractibus venient*“ nahraňuje slovem „*reipersecutoria*“ a — což se právě naší otázky týká — slovo „*delictum*“ slovem „*dolus*“. V každém případě jest text dokladem, že „*dolus*“ a „*delictum*“ jsou byzatským právníkům synonyma.

D 14, 1, 1, 2: jedná se o slovo *ex delicto*. Dle Pampaloniho⁹⁾ slovo to nahraňuje *klasické ex furto*. Dle Messiny Vitrana slovo *delictum* „non poté esser scritta da Ulpiano, per la ragione, che nel diritto classico non si aveva che un' azione praetoria per il danno iniuria datum e un' azione praetoria per il furtum.“¹⁰⁾ Soudím, že „*ex delicto*“ jest zcela na svém místě proto, že jest úhrnným pojmenováním místo *ex furto et ex damno*.

D 4, 4, 9, 2: podle Rotondiho¹¹⁾ jsou pravděpodobně interpolována slova „ut puto ... pervenit“, neboť vzhledem k počáteční antithesi kontraktu a deliktu nemohl Ulpian uvést za typický příklad druhého případu *dolus* spáchaný „in re commodata vel deposita“. Albertario¹²⁾ se odvolává prostě na Rotondiho, proto soudím, že nezastává interpolace ve větším rozsahu, než Rotondi. Soudím, že slova *delinquentibus, in delictis* jsou opravdu původní, ne interpolovaná, a to proto, že jest jich užito v přesném jich smyslu; slova „an etiam *delinquentibus*“ souvisí — odpadne-li stať, již Rotondi prohlásil za interpolovanou — přímo s větou „et placet in *delictis minoribus non subvenire*“, načež by odpadla přirozeně věta „nec hic itaque *subvenietur*“ a následuje exemplifacace termínu *delictum* „nam et si *furtum fecit vel damnum iniuria dedit etc.*“, zcela korektní.

Zcela obdobnou interpolaci shledává Rotondi v c. l. C 2, 35, sed cum *delictum* (non ex animo sed ex contractu venit).¹³⁾

D 21, 1, 51, pr.: Rotondi,¹⁴⁾ na nějž se Albertario odvolává, prohlašuje ve shodě se Schulzem¹⁵⁾ za interpolovanou větu: „*delictum eiusdem quod in contrahendo admiserit*...“

3. Můžeme tudíž svá posavadní pozorování shrnouti takto:

Klasičtí právníci označují slovem delikt zásadně pouze *furtum, rapinu, damnum iniuria datum* a *iniuria*. Proto jmenovitě tam, kde se jedná o vypočtení jednotlivých obligací z deliktu a příslušných *actiones*, nikdy nevystupují z okruhu těchto 4 deliktů.^{15a)}

4. Druhý pojem, ze stanoviska terminologického zajímavý, třebaže doktrína nevěnovala mu s této stránky vůbec pozornosti, jest pojem *actiones poenales*. Jako jest velmi pravděpodobno, že *delictum* bylo terminologicky omezeno na *furtum, iniurii, damnum i. d.* a *rapinu*, právě tak — snad ještě s větší jistotou lze souditi, se „*actiones poenales*“ byly terminologicky omezeny na

⁹⁾ Studi Senesi XVII, str. 256 a násl.

¹⁰⁾ Note intorno alle azioni in factum... 1909, Palermo, str. 13.

¹¹⁾ Dolus ex contractu et dosus ex delicto, str. 26.

¹²⁾ Programma, str. 5.

¹³⁾ Rotondi cit. str. 31.

¹⁴⁾ Cit. str. 31.

¹⁵⁾ Z. Sav. St. 1912, str. 49.

^{15a)} Fakta, tvořící základ praetorské trestní zodpovědnosti, nejsou v pravém smyslu „maleficia delicta“. Za to deliktům se blíží ty případy, které, jako analogická rozšíření některého deliktu, dávají vznikati obligací „quasi ex delicto“.

actiones z uvedených čtyř deliktů. Toto své tvrzení opírám o tyto argumenty:

5. *Ex maleficiis poenales* jsou v klasických textech výslovně vždy jen *actio furti, damni iniuriae, iniuriarum, vi bonorum raptorum* (srv. Gai IV 113, II ed. provinc. D 50, 17, 111, 1, Ulpianus XLI ad Sab. D 47, 1, 1).

Praetorské *actiones in factum*, jichž předmětem jest poena, nebývají pravidelně označovány termínem *poenales*. Cassius — Paulus rozlišují je od praetorských reipersecutorních prostým *ceterae* (D 44, 7, 35 pr).

Gaius v Institucích obmezuje termín *poenales* výslovně na *actiones* ze čtyř známých deliktů, praetorské *actiones* pak, směřující k pokutě, nikdy neoznačuje jako *poenales*, nýbrž prostě *in factum* (srv. Gai IV 46). Tytéž *actiones* označují však Justinianovy Instituce a Parafraze Theofilova jako *poenales*, resp. in *factum poenales* (srv. I IV 6), *poenales quoque actiones bene multas ex sua iurisdictione introduxit Parafraze Theof.*¹⁶⁾ „Ἐπενόησε δὲ καὶ *poenalias ἀγωγὰς*: ὁ praetor... εἰσὶ δὲ καὶ ἑτέραι ἀναριθμητοὶ in *factum poenaliai*“.

Pokud se vyskytuje u praetorských *actiones in factum* *noxalita, kumulace předmětu* v případě *spolupachatelství, vyloučení přechodu dědického a annalita, neodůvodňují římstí právníci* tyto znaky pravidelně tím, že *actio* jest *poenalis*, nýbrž povahou předmětu jako trestu, nebo charakterisováním důvodu vzniku jako deliktu (srv. D 2, 3, 4, — D 2, 7 in *factum iudicium*, časté akcentování předmětu jako poena, — D 2, 10, 3 *actio in factum, poena*, D 3, 6, 1 in *factum iudicium dabo*, D 4, 9, 7, 1 *haec actio in factum in duplum est*, — D 11, 7, 9, in *factum agere*, D 11, 6, 1, *adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit*, — D 27, 6, 9, 1, in *factum actiones*... et *factum puniunt et in dolum concipiuntur*, D 42, 5, 9, 8 *actio ex dolo*... cum *ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur*).

6. Naproti tomu nalézáme termín *actio poenalis* ve spojení s některou jinou, než uvedenými 4 *actiones*, jmenovitě ve vztahu k praetorské *actio in factum* v těchto textech D 2, 4, 12, — 4, 7, 4, 6, — 9, 3, 5, 5, — 27, 3, 1, 23, — 39, 4, 1, — 43, 4, 1, 8, — 47, 7, 7, —.

Než mnohé z těchto textů jsou právě v tomto bodu interpolovány. Tak jistě interpolován jest l. 4 § 6 D 4, 7: klasický text jistě nezněl „*haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet*“, poněvadž *actio* tato jest *annální* a nepřechází pasívně na dědice, pochází z deliktu, tudíž má znaky *penální žaloby*, vylučují však též, že by byl původní text zněl takto: *haec actio est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio*

¹⁶⁾ Ferrini Paraphr. II, str. 423.

iudicis continet, poněvadž tím by byla ve zjevném odporu s distinkcí Paulo-Cassiovou actiones quae rei persecutionem habent — ceterae (annales a passivně nepřecházející na dědice), náležející současně do obou skupin.¹⁷⁾ Myslím však, že ani Albertariova rekonstrukce „haec actio est poenalis“ (ostatní interpolováno) „quare et heredi dabitur“ není zcela bezpečná, třebaže se stanoviska meritorního nebylo lze ničeho namítati; ale formálně nutno namítnouti: konklusí toho, že actio jest poenalis (quare...), nemůže být *aktivní přechod* dědický. Myslím tudíž, že klasický text se obmezoval na pouhé: haec actio heredi dabitur, in heredem autem vel post annum non dabitur (Ulpian), quia videtur ex delicto dari (Gaius).

Za interpolovanou považují dále větu „nam est poenalis“ v D. 9, 3, 5, 5, neboť jí se má akcentovati čistá poenalita žalobní v případě usmrcení svobodné osoby na rozdíl od předchozího případu (damnum datum factumve), kdy actio jest perpetua a — *mixta*. V právu klasickém ve všech případech jednalo se o actio in factum, jejímž předmětem byla poena, jejíž důvodem byla skutečnost povahy deliktní a jež tedy byla fakticky ve všech případech stejně actio poenalis, třebaže formálně, terminologicky actio poenalis nebyla.¹⁸⁾

Rovněž fragment „cum sit poenalis“ v l. 1 § 8 D 43, 4, myslím, neodporuje mému tvrzení, neboť jest částí interpolace, jejíž stopy se jeví i v jiných částech cit. textu.^{18a)}

V D 2, 4, 12 čteme „poenalem in factum actionem id est quinquaginta aureorum adversus libertum competere“. Myslím, že nepůvodní část textu nevztahuje se jen na „id est quinquaginta aureorum competere“, jak vyznačuje nové Krügerovo vydání Digest, ale i na slovo poenalem,¹⁹⁾ ježto jinak v klasických textech nenalzáme stopy po terminologii actio in factum poenales, za to v Theofilově Parafrasi.

Pokud se týče ostatních případů, jest použití terminologie actio poenalis vysvětlitelné. Právě-li se na př. o actio arborum furtim caesarum, že jest perpetua, etiamsi poenalis sit (D 47, 7, 5, 6), lze naproti tomu uvést, že základem jejím jest maleficium (v technickém smyslu), že této žaloby „eadem causa est, quae et legis Aquiliae“ (l. 5 § 1 D eod., l. 6 § 6 D eod.). Mluví-li se o žalobě proti publikánovi (D 39, 4) jako o „poenalis actio“, lze to vysvětliti mimo jiné tím, že „agere ex hoc edicto (speciali)“ tvoří protějšek ku „agere ex generalí vi bonorum raptorum,

¹⁷⁾ Srovn. kap. I ad 10 pozn. 9.

¹⁸⁾ Ostatně jedná se tu o obligatio „quasi ex delicto“, tudíž terminologie actio poenalis (quasi ex maleficio) jest dosti vysvětlitelná. Na interpolaci věty „nam est poenalis“ ovšem trvám z důvodů věcných, v textě uvedených.

^{18a)} Srovn. kap. IV. ad 7 b).

¹⁹⁾ Tato interpolace jest vyslovena u Seckela-Heumanna Handlexikon 1907, str. 435 „poenalis“.

damni iniuriae“, jakožto žalobě konkurující (l. 1 § 4 D eod.). Konečně u actio rationibus distrahendis vysvětluje již její civilně-právní původ použití terminologie „actio poenalis“ v D 27, 3, 1, 23.

Terminologie „poenalis“ jest použito v jednom případě i o žalobě, nepocházející z deliktu, o aedilské žalobě D 21, 1, 23, 4, u níž dochází se k takovým doktrinálním nemožnostem, jako „poenales actiones... ex contractu veniunt“. Konstrukce ta jest patrně interpolací.²⁰⁾

7. Zvláštní pozornosti zasluhují některé texty všeobecnější. Tak důležitý text Maecianův D 35, 2, 32, začíná slovy: Poenales actiones, sive legitimae, sive honorariae, exceptis popularibus in bonis debitoris non ideo minus computandae sunt, quod morte reorum intercidere possunt. Text tento by byl prvním dokumentem (2. pol. 2. st. po Kr.) pro úhrné pojmenování všech actiones, jichž předmětem jest „poena“, jak civilních, tak praetorských in factum, úhrným termínem „actiones poenales“, neboť dodatek „exceptis popularibus“ vyznačuje, že „honorariae“ znamená především praetorské žaloby „in factum“. Než domnívám se, že Maecianus pojímá v tomto případě „actiones poenales“ terminologicky stejně, jako jeho vrstevník Gaius, že tudíž „actiones poenales“ nejsou mu termínem pro „ceterae actiones“ Cassiovy. Důkaz jest snadný. Maecianus v dalším kontextu (§ 1) výslovně uváděje jako další skupinu žalob „honorariae actiones quae intra certum tempus a praetore promittuntur“ ukazuje jaksi mezi řádky dvojí možnost pokud se týče jich přechodu dědického,²¹⁾ — důkaz, že v předchozím kontextu (l. 32, pr) tyto žaloby zahrnuty nebyly. Slova „sive legitimae sive honorariae exceptis popularibus“ jsou pravděpodobně interpolací.

Několik všeobecných textů o terminologii „actiones poenales“ náleží Ulpianovi. Nebylo by konečně nic divného, přičísti tomuto z posledních právníků klasických jednotné formální obsáhnutí všech tak různých soukromých žalob trestních termínem actiones poenales. Vývoj šel k tomuto konci, a stalo-li se tak dříve, či později, nebylo by tak důležitou věcí. Než ani pro dobu Ulpianovu nelze mluvit — aspoň s nějakou pravděpodobností — o jednotném terminologickém vymezení soukromých trestních žalob. Známá věta Ulpianova „Omnes poenales actiones post litem inchoatam ed ad heredes transeunt“ (D 44, 7, 26) zní sice všeobecně, jmenovitě čte-li se v souvislosti Digest, se stanoviska práva klasického však bylo by dříve uvažovati, je-li termín „poenales actiones“ širším, než Gaiův známý termín „ex maleficiis poenales actiones“, zahrnující především žaloby ze čtyř civilních deliktů. I to nelze vyloučiti, že kompilatoři dali našemu

²⁰⁾ Srovn. Betti S. s. litis aestimatio II, str. 5, pozn. 3, Biondi Studi sulle setiones arbitrarie, str. 112.

²¹⁾ Zcela ve smyslu Cassiova rozdělení na reipersecutorní žaloby a „ceterae“.

termínu širší rozsah připojením slova „omnes“. Jiná známá zásada Ulpianova zní:²²⁾ „Numquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumi“. Co bylo řečeno o předchozí zásadě, platí i o této. Věc jest arci komplikována zde tím, že tato zásada doslovně se opakuje v Justinianových Institucích, kdež řeší se jí konkurenční poměr mezi actio de pauperie a žalobou dle aedijského edictu de feris. A tu jest pravděpodobno, že toto její umístění v Institucích pochází od kompilatorů.

8. Výsledky, až dosud nabyté, mohou být posíleny ještě jinou cestou. Kdybychom považovali slova actiones poenales za jednotné technické pojmenování všech vznikem i strukturou tak se lišících soukromých žalob trestních, překvapili bychom se nejen, jak zřídka se onoho pojmenování užívalo, ale i jak různých jiných termínů se k cíli tomu užívalo. Prameny, třebaže dávají tak důrazně na jevo, že specificum pojmu actio poenalis jest důvod vzniku a předmět (poena), přece nejednou opisují pojem *trestních* žalob prostým obratem actio ex delicto oriatur, actio, quae ex maleficiis oritur (D 46, 1, 8, 5, — D 47, 1, 3). Mluví se o „ex poenali causa debetur“ (D 46, 3, 7), nebo o „pecunia, quae poenam continet“ (D 46, 3, 97). Místo všeobecného pojmenování actiones poenales mluví se o „executiones poenarum“ (D 4, 4, 37, pr). Tam, kde by bylo možno jednotným pojmenováním a. poenalis vyříditi věc, vyskytuje se výpočet jednotlivých žalob (D 13, 5, 29). Na jednom místě klade Paulus proti reipersecutorní actio locati trestní žaloby actio l. Aquiliae, actio arborum furtim caesarum a interdictum unde vi.²³⁾ Chtěje je pak zahrnouti jedním slovem vůči actio locati, praví prostě „ceterae“, kteréž slovo tolik upomíná na známou Cassiovu — Paulovu distinkci: actiones, quae rei persecutionem continent — ceterae. Konečně Paulus²⁴⁾ zahrnuje všechny trestní žaloby soukromé: „actio iniuriarum, vi bonorum raptorum, servi corrupti et similes“ jednotným termínem actiones turpes. Tedy značná „varietas“, a ovšem i mlhavost terminologická.

Konkluze:

Actiones poenales jsou klasickým právníkům především termínem pro actio furti, iniuriarum, legis Aquiliae, vi bonorum raptorum. Pojem „actiones poenales“ vyrostl z těchto žalob, jednotlivé zásady formulovány klasickou pravovědou se zřetelem k nim. To platí především o kardinální zásadě vyloučení pasivního přechodu dědického (D 47, 1, 1, pr Ulpianus ad *Sabinum*: *civilis constitutio est poenaliibus actionibus heredes non teneri*.) Pojednávají-li klasičtí právníci o tom, kdy actiones poenales ne-

²²⁾ D 44, 7, 60.

²³⁾ D 19, 2, 25, 5.

²⁴⁾ D 17, 2, 56.

přecházejí aktivně na dědice, uvádějí pouze actio iniuriarum (D 35, 2, 32, pr, Gai IV, 112). I zásada noxality jest vybudována se zřetelem k jmenovaným žalobám. Za to zásada annality — u praetorských trestních žalob tak praktická — nebyla pravovědou tak jasně a ostře formulována, a důvod byl ten, že ze jmenovaných čtyř žalob jediná actio iniuriarum byla annální. Podle těchto actiones poenales byly blíže zpracovány i různé praetorské actiones in factum, mající funkci trestní. Pravověda přenesla na ně strukturu jmenovaných žalob poenálních, ba v mnohém strukturu jejich blíže upravila. Než tomuto splnutí pojmovému neodpovídalo — aspoň ne ještě v době klasické — splnutí terminologické.